

La médiation,
un chemin de paix
pour la justice en Europe

Sous la direction de
Béatrice Blohorn-Brenneur
et Dragos Călin

La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe

GEMME, 10 ans déjà... !

Colloque européen des 5 et 6 juin 2014

*Sous le haut patronage de
M. Martin SCHULTZ, président du Parlement européen
Mme Christiane TAUBIRA, Garde des Sceaux, ministre de la Justice,
M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation*

*Et avec le cofinancement de la Commission européenne
dans le cadre d'une convention du projet européen
« Mediation meets Judges », coordonné par Eurochambres*



This project
is co-funded by
the European Union
JUST/2013/JCIV/AG/4640



L'Harmattan

Sont déjà parus du même auteur (GEMME, GEMME-France et membres de GEMME) aux Éditions l'Harmattan :

Panorama des médiations du monde, sous la direction de Béatrice Blohorn-Brenneur

Overview of Judicial mediation, sous la direction de Béatrice Blohorn-Brenneur

Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires (GEMME-France)

Le médiateur professionnel en action et en mots, sous la direction de Michèle Lenoble, Éric Battistoni et Fédérica Oudin (GEMME-France)

Conciliation et médiation prud'homales (GEMME-France)

Conciliation et médiation commerciales, sous la direction de Béatrice Blohorn-Brenneur (GEMME-France)

Quelle justice pour la France? 31 personnalités répondent aux préoccupations des Français, sous la direction de Dragos Calin

Stress et souffrance au travail, un juge du travail témoigne, Béatrice Brenneur

Du désamour au divorce, jugement, conciliation, jugement, Béatrice Blohorn-Brenneur

© L'Harmattan, 2015

5-7, rue de l'École-Polytechnique, 75005 Paris

<http://www.harmattan.fr>
diffusion.harmattan@wanadoo.fr

ISBN : 978-2-343-06148-1
EAN : 9782343061481

GROUPEMENT EUROPÉEN DES MAGISTRATS POUR LA MÉDIATION – GEMME

Gemme a été créé le 19 décembre 2003, sous la présidence de Guy Canivet, alors premier président de la Cour de cassation française.

Interlocuteur auprès des institutions européennes, Gemme a le statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe.

Gemme a pour vocation d'être présent dans les pays de l'Union européenne et de l'AELE.

Gemme regroupe juges de carrière et du parquet et juges élus, en matière civile, commerciale, prud'homale, pénale et administrative. Des « membres associés » peuvent être admis : avocats, universitaires, médiateurs...

Les membres sont regroupés en sections nationales.

Gemme œuvre pour le développement et la qualité de la médiation et de la conciliation (colloques, inventaires et sélection des bonnes pratiques, échanges d'expériences, formation).

Siège social :
Cour de cassation
5 Quai de l'Horloge, 75001 Paris
www.gemme.eu

Composition du **comité de relecture** du présent ouvrage animé par Bertrand Delcourt :

Béatrice Brenneur
Bertrand Delcourt,
Jacques Duplat
Pierre Guerder
Christiane Gutierrez
Colette Sant
Nicole Tellier
Michèle Weil-Guthmann

Les textes ont été traduits de l'anglais par :

Candice Étienne
Nicole Tellier

Avertissement au lecteur

Cet ouvrage s'appuie sur les principales communications, allocutions et débats du colloque qui s'est déroulé les 5 et 6 juin 2014, respectivement à la Cour d'appel de Paris et à la Cour de cassation, pour fêter les 10 ans de la création de Gemme. Il contient également des textes de membres de Gemme.

Les informations qui y figurent ne reflètent pas nécessairement la position officielle de Gemme qui décline toute responsabilité vis-à-vis des informations ou données auxquelles il est fait référence.

Sommaire

Présentation de l'ouvrage	13
Avant-propos	15
Préface (Richard Weber).....	17
Introduction (Guy Canivet).....	19
Médiations, médiation, médiation ? Médiation !.....	20
Propos introductif (François Falletti)	22

I

GEMME, ÉLÉMENT FÉDÉRATEUR DES INITIATIVES

Je rêve, donc j'existe ! (Jaime Octavio Cardona Ferreira).....	27
Une culture de la communication pour retrouver la paix (Béatrice Blohorn-Brenneur)	31
Les défis du magistrat du XXI^e siècle : la vision de Gemme (Ivan Verougstraete)	39
Allocution de Sir Gavin Lighthman lors du colloque	43
Allocution de Jacques Clavière Schiele lors du colloque	45
GEMME : un observatoire pour harmoniser les pratiques nationales et européennes (Éric Battistoni)	47

II
LA DYNAMIQUE EUROPÉENNE L’HARMONIE DANS
LA DIVERSITÉ DE LA MÉDIATION CIVILE ET COMMERCIALE

Union européenne	55
L'économie de la médiation dans l'Union européenne et recommandations politiques (Par Alexia Hengl et Vincent Tilman) ..	55
Allemagne	69
La section allemande de Gemme (Par Peter Osten).....	69
Autriche	73
Comment convaincre les parties en litige de choisir l'outil médiation ? (Par Dr Felicitas Paller)	73
Belgique	77
Belge de Gemme (Par Ivan Verougstraete)	77
Bulgarie	87
État actuel de la réglementation et de la pratique de la médiation au sein de la République de Bulgarie (Par le Professeur Dr Sylvie Chernev)	87
Croatie	101
La médiation en Croatie (Par Srdan Simac)	101
Estonie	107
Médiation et conciliation en Estonie (Par Kai Härmand).....	107
France	113
GEMME-France (Par Béatrice Blohorn-Brenneur).....	113
Les cours françaises et la médiation (Par Pierre Guerder).....	121
Grèce	133
La médiation dans le système juridique grec (Médiation judiciaire et privée) (Par Harry Macheras).....	133
La formation des médiateurs en Grèce et l'implication des associations du barreau selon le décret présidentiel hellénique (Par Spyros Antonelos).	141
Hongrie	145
L'évolution de la médiation civile et commerciale en Hongrie (Par Dr Gyengéné Dr Nagy Márta et Dr Tóth Katalin)	145
Italie	153
Histoire de Gemme Italie (Par Donatella Salari)	153
Médiation civile et commerciale en Italie. La transposition de la directive 2008/52/EU (Par Marcello Marinari).....	159

Un aperçu de la médiation pénale et familiale en Italie (Par Sergio De Nicola, Andrea Sodi, Giovanna Di Bartolo)	171
La médiation en Italie du point de vue d'un praticien (Par Giovanni Nicola Giudice)	175
Lettonie 181	
La médiation en Lettonie et l'influence de Gemme (Par Zane Petersons)	181
Portugal 185	
La médiation au Portugal (Par Jaime Cardona Ferreira).....	185
Roumanie 187	
Évolution de la médiation en Roumanie au cours des 5 dernières années (Par Sanda Elena Lungu, Lucia Zaharia et Dragoş Călin).....	187
Royaume-Uni 201	
La médiation au Royaume-Uni (Par Sir Alan Ward).....	201
Suisse 207	
La médiation commerciale en Suisse (Par Cinthia Lévy).....	207

III L'ÉMERGENCE DES BONNES PRATIQUES

Comment introduire la médiation dans notre culture judiciaire ? (Jean A. Mirimanoff)	223
La médiation dans la justice du XXI^e siècle : aborder les questions contemporaines (Par Sandra Artukovic Kuntz)	235
De la médiation volontaire à la médiation obligatoire en matière civile et commerciale (Par M ^{re} Lourdes Arastey Sahún)	239
Médiation volontaire ou obligatoire dans les pays de l'Union européenne (Par Nicole I. Tellier).....	243
La nouvelle loi sur la tentative obligatoire de la médiation en Italie (Par Alessandro Bruni)	251
La mise en place d'un service de médiation pour les litiges internationaux dans le domaine des marques et dessins : la médiation à l'OHMI (Par Dr Jur. Théophile M. Margellos)	255

La mise en œuvre de la directive : les incitations gouvernementales et les bonnes pratiques judiciaires (Par Mr. Giorgio Santacroce).....	263
Médiation et tribunaux : le point de vue des entreprises (Par son Honneur Nicholas Chambers QC).....	269
Conciliation et médiation prud'homales en France (Par Jacques Duplat).....	279
La médiation pour une justice socialement responsable – L'exemple des litiges de propriété intellectuelle (Par Michèle Weil-Guthmann).....	289
La médiation en ligne, un défi pour la justice ? (Par Marie-Françoise Le Tallec).....	303

IV L'EXPANSION DE LA MÉDIATION

Développement de la médiation en Russie : Les points marquants des 10 dernières années (Par Tsisana Shamlikashvili).....	311
La médiation et les juges de paix (Par Albertina Aveiro Pereira).....	317
La médiation : affaires pénales et analyse des conflits (Par Geert Cortens).....	325
Allocution de Madame Claudia Bandion Ortner.....	329
Allocution de Monsieur Ales Zalar.....	333
Pour un règlement optimisé des litiges – Compte rendu de l'enquête auprès des entreprises (Isabelle Vaugon).....	339
Conclusion ³⁴⁵ La médiation : une mode ou un avenir ? (Ivan Verougstraete).....	345
Message de Fernando Paulino Pereira.....	353
Le plus beau métier du monde (Par Béatrice Blohorn-Brenneur).....	355

Présentation de l'ouvrage

Les 16 et 17 octobre 2009, s'est déroulé au Palais du Luxembourg à Paris, un évènement historique. Pour la première fois, 35 pays, représentant les 5 continents, se réunissaient, à l'initiative de Gemme, sur un thème évocateur : « La médiation, langage universel de règlement des conflits ».

Lors de ces premières assises internationales de la médiation judiciaire, il est apparu avec évidence, qu'au même moment de l'histoire de l'humanité, la grande majorité des pays appelait de ses vœux la mise en place de modes amiables de règlement des conflits, dans les systèmes judiciaires.

À l'heure de la construction européenne, il paraît important de fédérer toutes les initiatives contribuant à développer la médiation et d'harmoniser les processus, entre les différents pays, pour les rendre compatibles les uns avec les autres.

Il est également nécessaire de faire émerger les bonnes pratiques, les faire connaître pour en favoriser l'application et permettre l'expansion de la médiation.

Ces aspirations constituent l'objet même de GEMME, tel qu'ils figurent dans les statuts de l'association.

Ces points ont été débattus lors du colloque de Paris des 5 et 6 juin 2014. Les interventions ont été reprises dans cet ouvrage, selon le plan suivant :

- I – Gemme, élément fédérateur des initiatives
- II – La dynamique européenne : l'harmonie dans la diversité
- III – L'émergence des bonnes pratiques
- IV – L'expansion de la médiation

Avant-propos

Pourquoi ce livre ?

Gemme fête ses dix premières années d'existence : ce moment mérite d'être célébré.

Il est difficile de constituer et de faire vivre une association, plus particulièrement une association plurinationale, avec des personnes originaires de divers pays, de cultures, de sensibilités, de manières d'être ou de penser différentes.

Mais il est possible de vivre cette diversité et de faire prévaloir l'unité, car il y a un lien qui nous rapproche les uns des autres, et fait naître entre nous une vision commune.

Nous souhaitons Justice et Paix pour nos pays et pour nos compatriotes. Et nous savons que la médiation est, aujourd'hui, un « outil » indispensable, au service des citoyens dont les conflits doivent être éradiqués.

On a dit : « Si tu veux la Paix, lutte pour la Justice ! » Nous ajouterons que la médiation est un chemin privilégié pour atteindre ces objectifs.

Nous savons que l'institution judiciaire est indispensable et fondamentale. Mais nous savons aussi qu'il n'est pas pensable, aujourd'hui, que l'on puisse satisfaire le besoin de Justice en empruntant un seul chemin par lequel tous les conflits seraient résolus.

Certes, la célébration du dixième anniversaire de Gemme trouve son apogée lors de la Conférence de Paris des 5 et 6 juin 2014. Mais ce livre est un jalon dans l'histoire, conçu pour constituer aujourd'hui, et rester demain, un repère pour chacun.

Merci à ceux qui l'ont rendu possible.

Longue vie à Gemme !

Jaime Octávio Cardona Ferreira,
Président de Gemme,
Ancien premier président de la Cour suprême du Portugal

Préface

Les litiges font partie de la nature humaine et la résolution (ou la non-résolution) de ces conflits a un coût élevé. Il ne s'agit pas seulement de coûts juridiques et économiques supportés par les personnes concernées, mais aussi de coûts sociaux, environnementaux et stratégiques. Une meilleure gestion de ces conflits est indispensable pour améliorer la compétitivité de l'économie européenne. L'étude « Rebooting the mediation Directive » publiée par le Parlement européen en janvier 2014 estime qu'entre 15 et 40 milliards d'euros seraient épargnés si les procès étaient systématiquement précédés d'une médiation (en matière civile et commerciale uniquement), sans compter le temps d'attente cumulé estimé à près de 8 millions d'années !

Dans la plupart des pays européens, les juges sont habilités à proposer ou recommander aux parties d'essayer de résoudre leurs conflits par une médiation. La pratique est néanmoins très diverse et est encore peu développée. Rares sont les juges qui envisagent la médiation de manière systématique. C'est souvent dû à une méconnaissance du processus de médiation, un manque de relais pour organiser la médiation ou un environnement législatif et une pratique judiciaire peu favorables.

Le projet « Mediation meets Judges » prévoit l'organisation d'une quarantaine d'ateliers entre juges et praticiens de la médiation dans 7 pays européens. Un ensemble d'outils seront mis à disposition des juges afin de faciliter le renvoi des parties en conflit devant un médiateur. Un système de « médiateur de garde » sera mis en place et des permanences seront également organisées dans certains tribunaux de commerce permettant aux parties d'avoir une réponse à leurs questions ou de commencer une médiation sans délai.

« Mediation meets Judges » est un projet mis en œuvre par Eurochambres, GEMME et les centres de médiation des Chambres de

commerce d'Andalousie, Barcelone, Bulgarie, Bruxelles, Chypre, Espagne, Irlande, Milan et Paris.

Ce projet est symboliquement lancé à l'occasion des 10 ans de GEMME où « shakers and movers » de la médiation se rassemblent à l'occasion d'une conférence pour promouvoir « la médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe ».

La publication de ce livre, sous la supervision scientifique de GEMME, est cofinancée par la Commission européenne dans le cadre d'un projet intitulé « Mediation meets Judges » avec pour objectif de promouvoir la médiation au sein des tribunaux.

Richard Weber
Président Eurochambres

Introduction

Guy Canivet

Premier président honoraire de la Cour de cassation
Membre du Conseil constitutionnel

Je suis très sincèrement désolé que le programme des travaux du Conseil constitutionnel m'empêche, comme je l'aurais souhaité, de vous rejoindre pour le colloque de célébration du X^e anniversaire du Groupement européen des magistrats pour la médiation. Par ce message, je souhaiterais, comme je l'aurais fait oralement, dire à cette occasion mes remerciements, exprimer toute ma considération et encourager de mes vœux les plus ardents.

Mes remerciements tout d'abord sont à dire à Béatrice BRENNEUR et à toute l'équipe qui a créé GEMME. Lorsqu'au cours de l'année 2003, Béatrice BRENNEUR m'a confié qu'il lui semblait utile pour la médiation de donner une ampleur européenne au mouvement d'idée qu'elle avait initié en France, je l'ai volontiers assurée de l'appui du Premier président de la Cour de cassation.

De mon côté, j'étais convaincu de la nécessité de donner une forte impulsion à la médiation, comme mode ordinaire et généralisé de règlement des litiges. J'avais déjà, sur le sujet publiquement pris des positions résolues et, entre 1996 et 1999, lancé à la Cour d'appel de Paris un programme intensif destiné à favoriser la mise en œuvre de la médiation au sein de la Cour et dans les juridictions de son ressort.

Il m'a semblé souhaitable que pour cette période constitutive, j'assume la présidence de GEMME, ce qui m'a permis d'approfondir les fondements de la justice consensuelle, et d'avoir le grand bonheur de travailler avec l'équipe de GEMME. De leur disponibilité, de leur dévouement, et de leur amitié, je conserve le souvenir ému. Pour tout cela, je leur dis mes plus vifs remerciements.

De cette période heureuse et productive a finalement cédé la nécessité de l'alternance. D'autres ont assuré la responsabilité de la présidence que vous

exercez aujourd'hui, Monsieur le Président CARDONA-FERREIRA. Sous votre autorité et toujours avec le concours de Béatrice BRENNEUR, GEMME a multiplié ses activités, développé au niveau européen une culture partagée de la médiation, collaboré avec les institutions européennes pour l'élaboration de la directive du 21 mai 2008, renforcé ses bases, précisé, professionnalisé et spécialisé sa mise en œuvre dans les divers domaines de la justice, enseigné les savoir-faire nécessaires, et créé les mécanismes d'évaluation. Grâce à ces initiatives, la médiation est désormais une institution en pleine maturité, bien lancée dans une phase de développement continu. Cette action de qualité mérite la plus grande considération.

Mais la célébration de ces 10 années d'existence est naturellement tournée vers l'avenir. Ce colloque est l'occasion de dégager des voies nouvelles en dynamisant la réflexion des diverses sections de l'association. L'une des pistes est d'enrichir la doctrine européenne des expériences de la médiation telle qu'elle est pratiquée dans diverses régions du monde, et spécialement en Asie.

Tous mes vœux vous accompagnent dans ce travail d'innovation, d'anticipation et d'ouverture, pour la réalisation du bien commun de la justice.

Infiniment sensible à votre invitation à prendre la parole à l'occasion de votre colloque, je regrette vivement de ne pas me trouver parmi vous.

Je vous prie d'accepter, Monsieur le Président, mes sentiments de fidèle attachement aux objectifs que vous poursuivez et vous prie de partager avec les membres de l'association l'expression de ma sympathie et de ma vive amitié.

Médiations, médiation, médiation ? Médiation !

1. Comme toute célébration anniversaire, celle des dix ans de la création du Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME) est propice à un regard en arrière pour reconsidérer ses objectifs, dresser le bilan de l'activité, se livrer à l'examen des questions restant en discussion pour ouvrir ensuite des voies prospectives. Tout cela fut magistralement assumé lors du beau colloque qui eut lieu à Paris, les 5 et 6 juin 2014.

2. **Médiations.** Comme l'indiquent ses statuts, l'objet de GEMME était de réunir les magistrats des divers pays d'Europe pour comparer la réglementation et la pratique de la médiation judiciaire dans les différents systèmes juridiques et en assurer ensemble la promotion dans leurs traditions respectives. Depuis la création du Groupement, l'objet fut amplement réalisé. Il rassemble aujourd'hui des magistrats de la plupart des pays de vieux continent, des sections nationales se sont constituées dans 26 d'entre eux. Les diverses législations ont été répertoriées, les pratiques locales comparées et discutées, les textes européens analysés. La diversité de toutes les pratiques des pays d'Europe est la richesse du mouvement, elle instaure

entre ses membres un dialogue critique parfaitement illustré dans la seconde partie de l'ouvrage. La géographie européenne de la médiation est désormais totalement explorée. Le succès avéré de l'œuvre accomplie pousse alors à en amplifier les ambitions, d'abord en élargissant l'étude de la médiation aux cultures juridiques du monde entier – le colloque organisé en 2003 à la Cour de cassation sur le thème « Panorama des médiations dans le monde » allait déjà dans cette voie –, ensuite en créant une structure fédérative des systèmes de médiation regroupant les pays de tous les continents.

3. **Médiation.** L'inventaire et la comparaison des traditions de médiation n'ont évidemment d'intérêt qu'en ce qu'elles permettent de dégager des principes communs, quant aux objectifs, à l'organisation, aux méthodes, à l'éthique, au statut des acteurs, à la position des parties et de leurs représentants, à la réception des « solutions médiées » par les juridictions, à leur exécution. Par la mise en commun des droits, des expériences, des savoir-faire et des cultures, l'enjeu est de tirer le meilleur de la méthode, de distinguer les bonnes pratiques, de donner à la médiation une puissance conceptuelle, des fondements théoriques, de l'ériger en principe ordinaire et universel de règlement des litiges et d'en décliner l'application dans ses domaines d'application privilégiés, familial, social, commercial, administratif... Il ne s'agit plus alors de traiter « des médiations » mais de donner à « la médiation » une dimension théorique et pratique à l'usage du monde entier. Les statuts de GEMME portent la trace de cette vocation à l'universalisme. En sa troisième partie, l'ouvrage qui traite de l'émergence des bonnes pratiques et de l'expansion de la médiation, s'engage dans cette synthèse. En cette voie, il faut progresser, l'Europe a beaucoup à apprendre des autres traditions de médiation, spécialement dans les cultures asiatiques.

4. **Médiation ?** Tout ceci ne dispense pas de se poser les questions qui agitent la médiation à l'échelle européenne. Beaucoup sont réglées par la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Il en subsiste néanmoins. Si la directive contient un article 4 relatif à la qualité de la médiation, ses dispositions laissent aux États le soin de fixer les modes de sélection, de formation, d'agrément des médiateurs ainsi que de contrôle de la qualité des médiations. S'agissant de prestations qui s'inscrivent dans l'exercice de la justice, les garanties de formation, d'éthique et de pratiques des médiateurs ne peuvent toutefois être abandonnées au marché ; elles exigent en tout cas un encadrement et des mécanismes effectifs de contrôle de la qualité des prestations. C'est sans doute pour cette raison que les instances de l'Union européenne s'orientent vers une réglementation de la profession de médiateur.

5. Se posent encore bien d'autres questions, par exemple, celle du coût de la médiation : pour les raisons déjà données, la rémunération des médiateurs

ne peut être entièrement libre ; celle du recours aux nouvelles technologies, en particulier des offres de médiation en ligne et celle encore de la conjugaison de la médiation avec les autres modes de règlement des litiges, la « médiation-arbitrage » en est une application. Si l'objectif est de dépasser la vieille science du procès héritée du droit romain, la médiation n'échappe pas aux enjeux actuels de la justice, tant en ce qui concerne la garantie des droits fondamentaux, que l'équilibre des parties dans un mouvement général de patrimonialisation des conflits et de leur réappropriation par les plaideurs.

6. Médiation ! Vient alors le temps de la prospective. Si la médiation s'enracine dans l'histoire et peut se réclamer des grands courants philosophiques et religieux occidentaux et orientaux, elle ne progressera qu'en s'adaptant en se réinventant. Certes, dans les pays d'Europe l'attitude des autorités publiques est, à l'égard de la médiation, passée de l'hostilité, à l'indifférence puis à des attitudes plus favorables – les nombreux représentants des gouvernements présents au colloque en portent témoignage – mais elle ne s'imposera que par la modernité de ses méthodes et son aptitude à régler les conflits du temps présent. Quels sont alors les ressorts de l'innovation ? Une nouvelle attitude du juge à l'égard du procès et du plaideur ? Une meilleure confiance dans l'aptitude des individus à régler leurs propres situations conflictuelles ? Un recours plus systématique aux sciences humaines ? La mise à disposition des entreprises d'instruments efficaces de renégociations de leurs engagements ? L'enthousiasme des dirigeants et des membres de GEMME lors du colloque au printemps dernier ajouté à la dynamique d'un courant porteur pour la « justice douce » permettra sans aucun doute d'imaginer les voies du progrès.

Propos introductif

François Falletti

Procureur général près la Cour d'appel de Paris

Je souhaite tout d'abord saluer l'apport des travaux de réflexion et l'impulsion du Groupement européen des magistrats pour la médiation aux efforts de développement de la médiation dans les procédures civiles et pénales de notre pays comme en Europe.

Il existe de nombreux cas soumis à la justice dans lesquels le seul fait de « trancher le conflit » ne suffit pas à résoudre une situation ni à préserver un lien pourtant nécessaire et laisse l'œuvre de justice inaboutie. La situation est bloquée, et le droit ne parviendra pas à réaménager les relations entre les parties.

Il y a donc la nécessité d'anticiper et de compléter le passage devant un juge, parfois même de suspendre l'action de la justice pendant un temps au

cours duquel œuvrera un tiers neutre impartial et indépendant des parties, formé aux techniques du dialogue.

Officiellement conçue comme un processus de reconstruction du lien axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes confrontées à des situations de rupture, la médiation familiale connaît une évolution sensible et une acclimatation dans notre activité judiciaire depuis que le législateur a consacré son implantation effective en 1995.

Au sein de la Cour d'appel de Paris, même si la médiation civile ne concerne en définitive qu'un faible pourcentage des affaires terminées (1,5 % en matière sociale, et 5 % en matière commerciale) les médiateurs sont depuis la fin des années 2000 désormais présents aux côtés des magistrats pour les aider à résoudre les affaires qui leur paraissent éligibles à un tel procédé de reconstruction.

Dans un contexte d'organisation difficile à moyens constants, des réflexions sont menées par les magistrats les plus convaincus, afin d'implanter durablement la médiation.

Depuis quelques années, l'incitation à entrer en médiation a pris la forme de l'envoi aux parties d'une double convocation dès le dépôt de l'assignation ou celui de la requête, et, même si l'on constate un taux d'échec important en raison de la difficulté d'obtenir l'accord des deux parties à entrer dans un processus de médiation, le nombre réel de médiations s'en est trouvé accru.

En matière familiale particulièrement, les parties sont invitées à rencontrer, de façon individuelle ou collective, un ou plusieurs médiateurs afin d'être informées des avantages d'une telle formule.

En matière familiale toujours, l'organisation et le financement de la médiation familiale ont été confiés depuis 2006 à des comités départementaux des financeurs présidés par les caisses d'allocation familiales. Ces comités ont pour mission de veiller à l'adéquation de l'offre associative aux besoins du justiciable.

Ce système unique auquel la justice participe en qualité de financeur donne toute satisfaction et assure la garantie d'un véritable professionnalisme des médiateurs. Il a donné lieu à l'élaboration d'un référentiel national d'activité des services de médiation familiale.

Dans ce cadre, le nombre d'entretiens d'information notamment issus de la double convocation est actuellement en augmentation ainsi que celui des médiations quoique dans une moindre mesure.

Ainsi, au plan national, l'intensification du recours à la médiation familiale en matière judiciaire se traduit par le fait qu'entre 2009 et 2012, le nombre d'entretiens, de séances et de réunions de médiation familiale a **progressé en moyenne de 6,9 %**.

Même lorsque la médiation ne permet pas la réalisation d'un accord écrit ou oral, la reprise du dialogue est de nature à prévenir l'aggravation du conflit, et à éviter qu'elle ne dégénère en délit de non-représentation d'enfants, ou d'abandon de famille, ou ne provoque des violences au sein du couple.

Afin de renforcer les procédures de médiation, la chancellerie expérimente actuellement une procédure de médiation préalable obligatoire pour les procédures post-divorce. Les premiers résultats sont d'ores et déjà très encourageants. Les résultats définitifs sont attendus pour 2015 et nécessiteront un aménagement législatif.

Ce colloque est également pour moi l'occasion de faire état des apports de la médiation en matière pénale au travers des mesures justement appelées « de troisième voie », mesures alternatives aux poursuites quotidiennement ordonnées par les parquets lorsque le conflit s'y prête, en présence de faits non graves, concernant les primo-délinquants, ou bien pour des délits mettant en cause un enjeu familial.

En matière pénale pré ou post-sentencielle, la mesure alternative ou bien le contrôle judiciaire, peut également prendre la forme d'une rencontre et d'un dialogue au cours de groupes de responsabilisation ou de parole. L'auteur qui reconnaît son acte est ainsi conduit au cours d'un stage à réfléchir à sa portée en présence d'autres auteurs, et de travailleurs sociaux, dans le but d'éviter la récidive.

Plus récemment, est apparu dans notre droit le concept de « justice restaurative », mesure fondée sur le volontariat qui permet à l'auteur ou à un groupe d'auteurs d'entreprendre un dialogue avec une victime d'acte équivalent ou avec un groupe de victimes dans le but de comprendre les raisons de l'acte commis et d'en réparer les conséquences.

Une telle démarche est actuellement expérimentée au sein de notre Cour d'appel.

De plus en plus utilisée et encouragée, la médiation est ainsi un procédé d'avenir pour notre justice.

Je souhaite pour ma part un plein succès aux travaux de réflexion du colloque du GEMME.

I

Gemme, élément fédérateur des initiatives

Je rêve, donc j'existe !

Jaime Octavio Cardona Ferreira

Président de Gemme,

Ancien président de la Cour suprême de Justice du Portugal

Président du conseil des juges de paix du Portugal

1 – En ma qualité de président en exercice du Groupement européen des magistrats pour la médiation (Gemme), je ne peux pas ne pas écrire quelques mots pour le livre élaboré à l'occasion des célébrations de son 10^e anniversaire.

Gemme a été créé à la fin du mois de décembre 2003, à la veille de Noël.

Sa naissance a marqué **le premier jalon d'un nouveau chemin pour la résolution des conflits.**

Béatrice Brenneur – que je salue avec respect et admiration – et ses compagnons d'alors ont su appréhender et promouvoir deux postulats sans lesquels rien n'aurait été possible : d'une part, la médiation est le révélateur d'une perception du ressenti des personnes ; et d'autre part, pour que cette idée prospère, les vents de la médiation devaient souffler, à tout le moins, sur l'ensemble des pays de la nouvelle Europe, l'Union européenne.

Il est à vrai dire difficile de discerner en quoi l'environnement historique a influé sur la naissance de Gemme, mais je suis convaincu qu'une étroite corrélation existe entre cette naissance et les vents de l'histoire européenne. Nous ne pouvons pas oublier que lors de sa création, les statuts de Gemme ont été conçus pour qu'y adhèrent les ressortissants des pays de l'Union européenne. Par la suite, Gemme s'est ouverte aux ressortissants des pays de l'Association européenne de libre-échange (AELE ou EFTA – *European free trade association*), et ma conviction est d'ailleurs que Gemme a vocation à englober tous les pays de l'Europe continentale. Notez que notre conseil d'administration compte déjà une observatrice active, originaire d'un pays européen situé hors du périmètre de l'Union européenne et de celui de l'AELE : la Russie.

Quoi qu'il en soit, on ne peut que constater que Gemme, du fait des conditions de sa naissance, plonge ses racines dans la **dynamique d'unité dans la diversité** et dans l'idéal de Paix, qui constituent l'essence même de l'Union européenne.

C'est bien cette dynamique et cet idéal qui ont présidé, au milieu du XX^e siècle, à la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), fondée par l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas, dont le dessein premier était de garantir la paix en Europe par le biais d'une Union Économique, non sans avoir à l'esprit, de mon point de vue, la poursuite d'une certaine convergence au plan politique.

À cet égard, et je m'exprime ici comme le citoyen européen que je me sens être dans toute sa plénitude, je suis profondément convaincu qu'en dépit de tous les inconvénients, de toutes les difficultés, l'Union européenne va faire son chemin parce que, comme dit le philosophe, **le chemin se fait en marchant.**

L'idée de la « Polis » reste associée à l'origine de la conception d'un monde harmonieux.

Déjà la Grèce ancienne, où s'enracine la culture européenne, a montré que la « Polis » était la Ville-État, à savoir l'ensemble politique des citoyens, des institutions, y inclus les organes juridictionnels, des territoires, des sources de l'économie... En somme, la « Polis » se constitue de l'ensemble des valeurs et des besoins sociaux. Et dans cette conception, la distinction du bien et du mal, de ce qui est juste d'avec ce qui est injuste, le souci de rendre à chacun ce qui lui appartient (comme dirait Aristote), est **au cœur de la « Polis », c'est-à-dire de la Justice.**

La Justice ne se confond pas avec la loi, ni avec le droit, ni avec la juridiction. **C'est une valeur et un objectif essentiels pour l'harmonie humaine.**

La Justice est une condition d'existence de la « Polis », un prérequis à défaut duquel elle ne pourrait vivre ni perdurer. Et cela à cause des troubles et de l'insécurité qui se produiraient.

2 – Qu'est-ce que cela a à voir avec Gemme ? Tout !

En effet, si la **Justice** est une condition sine qua non de la « Polis », des États, de la Citoyenneté, de la Démocratie, il s'avère aujourd'hui que la **médiation** est un outil, un moyen, un chemin consubstantiel de la Justice.

En d'autres termes, **la Justice** a été conçue comme un **pilier de la nouvelle Europe dirigée vers la paix.** Parce que l'Europe était épuisée par les guerres, voulait la paix, mais savait que la Paix, ce n'est pas seulement l'absence de guerre. La Paix, c'est le bien-être, la sécurité, le bonheur, au sens où Jésus Christ a proclamé : **« Que la Paix soit avec vous ! ».** **Et dans cette acception de la Paix, la Justice est sa sœur jumelle.**

Dépassée, l'idée de vengeance, comme l'adage « œil pour œil, dent pour dent » ; c'est la tranquillité, la paix intérieure de chaque citoyen, dans sa sphère privée, que la Justice et la Paix s'attachent désormais à garantir.

Le système juridictionnel fait son travail, et le fait aussi bien qu'il le peut. Mais l'emballement du rythme quotidien et les rituels propres au « duel judiciaire » ne laissent désormais place, ordinairement, à aucune compassion. Les citoyens veulent à présent conserver la maîtrise des conséquences de leurs actes, et sont en quête de simplicité. En définitive, examiner les conditions dans lesquelles le besoin de Justice se conjugue avec les moyens d'y parvenir amène à considérer que **si la Justice est le but à atteindre, il importe, pour garantir cette finalité, que les chemins pour atteindre ce but soient aussi diversifiés que possible.**

L'essence de la médiation se résume, à mon avis, en deux points : le désir de parvenir à un accord **juste et promoteur de paix**, et le respect de cet accord par **tous** les intéressés.

3 – Les fondateurs de Gemme ont bien pressenti que le nouvel être sociologique – la nouvelle personne humaine en Europe – acceptait la diversité, mais voulait de l'unité ; revendiquait sa nationalité, mais devinait que les objectifs importants ne pourraient être atteints que sous l'effet d'une dynamique d'ensemble, difficile mais possible à mettre en œuvre ; même les plus individualistes ont compris que les questions humaines essentielles procédaient, et procèdent encore à ce jour, d'une problématique commune. Et en passant du général au particulier, les problématiques de la Justice ont acquis un relief social singulier, ce qui a caractérisé un fait sociologique nouveau du fait, en grande partie, de l'accroissement du potentiel **de la communication et des échanges.**

Et c'est ainsi qu'au cœur de cette dynamique quasiment dialectique d'innovation et de pacification, à la fois cause et conséquence de la nouvelle Europe avec, certes, des avancées et des reculs, a émergé la certitude que **la question de la Justice** est centrale pour la nouvelle Europe, et qu'il était nécessaire, pour satisfaire le besoin de Justice, particulièrement au regard de l'accélération du temps, de faire preuve d'imagination pour ouvrir des **chemins** qui soient totalement **respectueux des droits fondamentaux des citoyens, tout en permettant de parvenir à des accords justes et promoteurs de paix.**

Mais la médiation, acceptée et consacrée par des institutions telles que l'Union européenne et le Conseil de l'Europe comme un chemin pour la Justice, **ne peut pas être, et n'est pas, une simple technique pour parvenir à des accords.** C'est beaucoup plus que cela : **c'est un facteur de Paix pour les gens et les sociétés.**

4 – Et c'est, de mon point de vue, cette idée essentielle qu'ont inspirée Béatrice Brenneur et ses compagnons.

C'est en tout cas ce qui m'a motivé quand – Gemme avait alors deux mois d'existence – j'ai écrit à Guy Canivet, premier président de Gemme (dont j'avais fait la connaissance lors des réunions des premiers présidents des Cours suprêmes des pays de l'Union européenne), pour y adhérer.

Je n'ai depuis lors jamais cessé de m'impliquer dans la vie de Gemme, et je reste convaincu que Gemme peut, et doit, jouer un rôle de plus en plus important dans le développement de la médiation et dans la satisfaction du besoin de Justice.

Je souhaite que Gemme soit toujours ce qu'il est : une association européenne, dirigée vers la Justice et la Paix de notre vieux (et toujours nouveau !) continent, berceau des idées les plus généreuses, demeurant respectueuse de l'**harmonie** entre nos **différentes identités nationales et culturelles**, et en même temps consciente du fait que **ce qui nous unit est beaucoup plus précieux que les détails qui peuvent nous différencier**.

Et je forme des vœux pour que nous soyons tous convaincus que ce qui est important, ce n'est pas tant le médiateur, que l'avocat, ou le juge, ou le procureur, ou quelque autre intervenant que ce soit ; **l'important, c'est le citoyen qui aspire à la Justice et à la Paix !**

Et le juge que je suis ne peut pas s'empêcher de souhaiter **que médiation et juridictions se donnent la main, se conjuguent et cohabitent harmonieusement, pour le bien de ce citoyen qui a besoin de nous et a le droit d'exiger notre aide**.

Félicitations à Béatrice Brenneur et à ses compagnons !

Longue vie à Gemme !

Une culture de la communication pour retrouver la paix

Béatrice Blohorn-Brenneur
Président de Chambre honoraire
Médiatrice du Conseil de l'Europe
Fondatrice de Gemme

« Pour imposer la médiation, il faut bousculer... Il faut déranger... persévérer, continuer nonobstant l'hostilité, en dépit de l'incrédulité ambiante, malgré les réserves. Il faut triompher de la Justice morte. »

*Guy Canivet, Préface de Stress et Souffrance au travail,
un juge témoigne de Béatrice Brenneur*

La proclamation à l'excès des droits de l'homme a fait naître en chacun l'esprit individualiste. L'austérité d'une éducation fondée sur le devoir a cédé la place à quelque chose de bien plus excitant : la liberté individuelle. Si l'individu a des droits sans connaître les devoirs qui en sont la contrepartie, on comprend, dès lors, le phénomène de la judiciarisation des conflits. Et il faut bien reconnaître l'incapacité de nos gouvernants à lutter contre **l'engorgement de la justice**. Dans certains pays européens, l'allongement des procédures est tel qu'il peut parfois être assimilé à un déni de justice.

Au-delà de l'engorgement des tribunaux, **la qualité de la réponse judiciaire** est aussi à repenser : justice parfois désuète, tournée vers le passé, occupée à rechercher qui a tort et qui a raison, qui a commis la faute ; bref, à faire ce qui pourrait être considéré comme l'autopsie d'un cadavre, résultat des affrontements meurtriers qui se déroulent dans les enceintes judiciaires.

La Justice traverse une crise : procès longs et coûteux, décisions parfois inappropriées ou injustes, trop souvent, incomprises ou difficilement

exécutées. Le juge, animé de l'esprit de justice, ne peut se satisfaire de cet état des lieux.

Combien d'affaires épineuses où le juge, en excellent juriste, utilise les règles de procédure pour « botter en touche » !... Et voici l'irrecevabilité de la demande remplaçant le jugement au fond tant attendu ! Pourtant, le professionnel du droit est fier d'avoir trouvé la pirouette juridique qui lui permet de se tirer élégamment d'un cas délicat et d'« évacuer » le fond de l'affaire. Il s'en sort avec art.

Mais la Justice, dans tout cela, où est-elle ? Le juge n'est-il là que pour traiter des dossiers, sans prendre en compte les situations humaines ? Lorsque le « mécanicien du droit » a remplacé l'humaniste, peut-on encore parler de « Justice » ?

Les États doivent trouver des solutions qui tiennent compte de la mouvance des conflits sur un fond de mondialisation et d'engorgement des tribunaux. Les sociétés ont changé, les peuples ont changé, les relations ont changé, les différends ont changé. Les réponses doivent donc être adaptées à ces changements.

I – Créer une culture de Paix

Le comportement humain : entre inné et acquis

Les réactions humaines sont le résultat de réflexes innés et de comportements acquis au cours de la vie. Le **réflexe d'agression**, lié à l'instinct de défense et de survie, **est inné** chez l'homme. L'agresseur se défend car il pense être attaqué, alors qu'il ne l'est pas forcément. Il veut être vainqueur, avoir le dessus, voire, éliminer son adversaire.

Mais l'homme est un être sociable. Il doit donc **apprendre** à vivre en société ; les règles de vie en société sont données par l'éducation. Et ces règles peuvent varier d'un pays à l'autre : « nous sommes frères par la nature, mais étrangers par l'éducation », disait Confucius. Ce qui n'est pas inné est acquis, soit par la culture, qui fait partie de l'inconscient collectif, soit par l'expérience personnelle, soit par l'éducation donnée par la famille, l'école ou le travail.

Régler les conflits, non plus en éliminant son adversaire, mais en cherchant une solution amiable et pacifique, s'apprend. **L'homme a l'instinct de défense dans ses gènes ; il doit acquérir le réflexe de paix. La guerre est innée, la paix s'apprend.**

Notre culture judéo-chrétienne et notre éducation sont fondées sur la faute et sa rétribution. Pour se déculpabiliser, l'individu aura tendance à rejeter la faute sur l'autre. **On se retrouve dans le triangle des tensions** : une victime, un bourreau et un sauveur. Celui qui endosse l'habit de victime

se sent, à tort ou à raison, en danger et prend une attitude agressive pour se défendre.

Or, la Justice cristallise la situation en désignant la « victime » et en sanctionnant le « bourreau. » Le conflit entre les individus s'enkyste et perdure. Pour le pacifier, il faut quitter le triangle des tensions, rétablir le dialogue et la confiance : **la personne doit comprendre qu'elle n'est pas en danger**. C'est l'objet de la médiation où chacun prend le temps d'écouter l'autre.

La chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble a fait une expérience de médiation entre 1996 et 2005. Ceux qui jugent les conflits du travail font un constat : les responsables hiérarchiques et les subordonnés sont souvent en conflit car ils ne savent pas s'écouter. En 1998, on venait de découvrir la notion de « harcèlement moral » ; les salariés y recourraient facilement. Si certains cas étaient prouvés, la plupart ne reposaient que sur l'interprétation que la « victime » avait prêtée aux faits.

Le responsable est celui qui répond. Mais pour répondre, il faut d'abord écouter. Le subordonné doit obéir à l'ordre reçu. Obéir, vient du mot latin « *oboedire* » qui veut dire « prêter l'oreille », « écouter ». Responsables et subordonnés doivent donc savoir s'écouter ce qu'ils ne savent pas toujours faire. Un individu qui ne communique pas s'isole et devient agressif. C'est par le regard bienveillant de l'autre que l'on se construit. D'où la nécessité de rétablir la communication entre les individus. C'est vers cela que tend la médiation. Et il y a beaucoup à faire car, avec l'avènement de l'électronique, nos sociétés communiquent de plus en plus mal.

Quand le dialogue est rétabli et que l'agresseur comprend qu'il n'est pas en danger, on peut alors se tourner vers une culture de pacification des conflits. Celle-ci doit réajuster à la réalité le réflexe inné d'agressivité, faire comprendre à celui qui se sent victime qu'il n'est pas forcément agressé, supplanter la culture judéo-chrétienne de la faute et combattre l'éducation de la peur de l'autre. Rien de plus difficile que de changer les mentalités et de renverser les préjugés. Pour créer cette culture de paix, véritable bouleversement de société, les hommes doivent s'unir.

C'est pourquoi Gemme œuvre pour que **la culture européenne de la paix par la médiation** se répande. C'est le thème de ce colloque : « la médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe ».

De nombreux juges ont remarqué que les litiges sont souvent mieux réglés, et généralement de manière définitive, par l'accord des parties. L'idée d'une justice assurée par le contrat pour trouver une solution équilibrée fait alors son chemin.

C'est pourquoi, lorsque la loi française du 6 février 1995 sur la médiation et son décret d'application du 22 juillet 1996 ont paru, la chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble s'y est engouffrée.

Malgré des résultats très encourageants (1 000 médiations ordonnées en quelques années avec un taux d'accord de 80 % et 8 % du contentieux entièrement réglé par ce mode amiable de règlement des conflits), la chambre sociale de Grenoble s'est heurtée aux habitudes du monde judiciaire et à des professionnels interpellés par une réforme visant à modifier le système auquel ils étaient habitués et sur lequel ils s'étaient endormis. Rien de tel que l'habitude pour retarder le progrès ! Pour reprendre la phrase de Charles Péguy : « Un juge habitué est un juge mort pour la justice ! »

Car, gérer les conflits pour leur donner une solution durable et harmonieuse bouleverse les professions qui vivent du conflit des autres et qui craignent une remise en question de leur statut social : un grand nombre de juges, avocats, greffiers, a accueilli avec froideur et parfois avec animosité la loi nouvelle et son application.

Pour se tourner vers une autre forme de justice, une justice plus humaine qui écoute, qui a le souci de l'équité et de l'efficacité, il faut changer les mentalités : le glaive de la Justice, mais aussi la balance.

II – L'avènement de la médiation

Certains juges n'étaient pas toujours satisfaits du service rendu. Ces juges, qui aimaient leur métier et qui étaient en réaction devant l'injustice, s'interrogeaient sur le côté répétitif de l'acte de juger et souhaitaient repenser leur rôle au sein de la Justice de la fin du XX^e siècle. Mais nous savons tous que ceux qui veulent changer le système dérangeant et donc s'exposent.

Jean Monnet, un des pères de l'Europe, avait réalisé que les hommes n'écoutent pas volontiers les idées neuves, aussi longtemps qu'ils espèrent que les choses pourront rester en l'état : « Les hommes n'acceptent le changement que dans la nécessité et ne voient la nécessité que dans la crise ». La crise de nos institutions serait-elle la chance à saisir ? D'où espoir de changement. Mais au-delà d'un simple changement, on assiste à une révolution pacifiste. Et avec la mise en place des modes amiables de règlement des différends, où chacun va essayer de cheminer vers l'autre pour le comprendre, le métier du juge, s'il réorganise la relation, est amené à devenir « le plus beau métier du monde ». Tout le monde pense qu'être heureux, c'est vivre en paix, sans savoir que le vrai bonheur est dans la manière d'y accéder. Mais comment aboutir à ce changement ?

Un juge ne peut à lui seul vaincre les résistances et les intérêts corporatistes, convaincre les acteurs du monde judiciaire et bousculer la hiérarchie. Pour se tourner vers la médiation, il doit trouver des appuis. Or, en 1996, malgré la loi qui fait de la France la pionnière de la législation sur la médiation en Europe, il faut bien reconnaître que ni le législateur, ni les instances gouvernementales n'avaient mis en place une véritable politique de

promotion de la médiation et que les responsables judiciaires se limitaient, généralement, à des discours officiels.

Quand nous avons installé, à la chambre sociale de Grenoble, à partir de 1996, une pratique de la médiation, nous n'avions pas bien compris ce que nous faisons, ni évalué les résistances, l'indifférence, voire l'hostilité auxquelles nous allions nous heurter. En 1999, alors que j'avais fait connaître par une publication à la *Gazette du Palais*, l'expérience de Grenoble, j'ai eu la surprise de recevoir une lettre du premier président honoraire de la Cour de cassation, Pierre Drai. Ce grand magistrat, un des précurseurs de la médiation, dans les années 1970, lors des grèves qui avaient paralysé l'usine Citroën, m'a écrit qu'il nous félicitait de prendre cette voie, mais qu'il nous fallait du courage. Ce n'est que plus tard que nous avons compris ce qu'il voulait dire ! Nous n'étions pas courageux : nous étions inconscients !

Avant la loi de 1995, les décisions qui ont ordonné des médiations ont fait l'objet de recours devant la Cour de cassation. On relevait que la médiation n'était pas prévue par la loi et que le juge devait juger conformément aux règles de droit ! Sous-entendre : c'est un déni de justice que d'envoyer les affaires en médiation ! Il a fallu que la Cour de cassation dise que le juge peut, dans le cadre de la mission de conciliation qu'il tient de l'article 21 du Code de procédure civile, déléguer à un médiateur son pouvoir de conciliation.

Heureusement, avec la loi du 6 février 1995, la médiation a fait son entrée dans le Code de procédure civile. Quand la chambre sociale de Grenoble l'a appliquée, le déni de justice ne pouvait plus être opposé, mais, en revanche, les mentalités n'étaient pas encore préparées : en majorité, les avocats ne voulaient pas d'une mesure qui risquait de faire baisser leur chiffre d'affaires, les juges y voyaient une perte de leur pouvoir et les greffiers, un surcroît de travail. Ces derniers ont même eu recours aux services du ministère de la Justice pour faire écrire que les dispositions sur la médiation prévues au Code de procédure civile ne s'appliquaient pas aux conseils de prud'hommes !

Les pouvoirs publics n'ont pas facilité l'avènement de la médiation : ils ont présenté la mesure comme un moyen de désengorger les tribunaux. Quelle erreur de communication ! La riposte a été immédiate : si les tribunaux sont engorgés, nommez plus de juges mais ne passez pas par cette justice au rabais !

L'objet de la médiation n'est pas de vider les placards de la justice. C'est un correctif à l'inadaptation du procès dans certains types de conflits chargés d'émotions, une mesure de pacification du conflit qui permet d'aboutir à des solutions durables et de maintenir la relation. Elle a pour but une **meilleure**

qualité de la justice et, tant mieux, si elle a **pour résultat** de contribuer au désengorgement des tribunaux.

Il fallait donc réagir contre la présentation de cette mesure, expliquer, informer sur la médiation, rassembler pour vaincre la solitude et provoquer une dynamique collective. Vaste programme, qu'un juge seul ne peut mener à bien.

III – GEMME : un réseau européen de magistrats pour une culture de la médiation, une dynamique collective

La pratique de la médiation de la chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble a été reconnue en Europe. Nous avons été invités à venir en parler à Bruxelles, Genève, Rome, Lisbonne, Barcelone, Valenciennes, Porto et Londres. Des magistrats belges sont venus s'inspirer de notre façon de procéder.

Les instances de l'Union européenne souhaitent promouvoir la médiation. Son avenir devait donc passer par l'Europe.

Un collègue belge, Éric Battistoni, s'était lui aussi heurté à l'immobilisme judiciaire : il avait ordonné trois médiations et s'était retrouvé trois fois devant le conseil de discipline pour déni de justice ! Même si, par trois fois, ses initiatives ont été approuvées, c'est le genre d'expérience dont un juge se passerait volontiers !

Avec Éric Battistoni, nous étions convaincus de l'intérêt qu'il y aurait à créer une association pour **rassembler les magistrats européens et créer une culture de médiation** : au-delà de la diversité des systèmes judiciaires, les juges pourraient **ensemble devenir des acteurs conscients de l'avenir de la Justice, susciter un esprit européen, s'affranchir des idées reçues** et secouer les conformismes dominants.

Cette convergence nécessaire pour l'établissement d'une justice européenne moderne, plus équitable, plus humaine, cherchant à pacifier le conflit et à maintenir les relations pour mieux repartir dans l'avenir devait permettre de déboucher sur **un réseau de magistrats** ouverts à une réforme et à un partenariat entre les membres des professions concernées par la médiation : juges, avocats, médiateurs, greffiers, notaires et huissiers.

Jacques Clavière-Schiele, président de chambre à la Cour d'appel de Paris, à qui Guy Canivet, lorsqu'il était premier président de la Cour d'appel de Paris, avait confié la mission d'implanter la médiation au sein des chambres sociales de cette cour, s'est lui aussi intéressé au projet.

Après en avoir débattu, tout particulièrement avec Ivan Zakine, président de Chambre honoraire à la Cour de cassation, qui nous a encouragés dans cette voie, Jacques Clavière-Schiele, Éric Battistoni et moi-même avons rendu visite à Guy Canivet, à la Cour de cassation. Lors de cette visite, Guy Canivet a accepté d'être le président du GEMME s'il était choisi par les

membres fondateurs, et d'accueillir à la Cour de cassation le siège social de la future association, si elle était créée.

C'est ainsi qu'est né le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME).

Le 19 décembre 2003, une trentaine de magistrats de l'Union européenne, venus d'Allemagne, de Belgique, d'Espagne, du Portugal, de France, d'Italie, composant l'Assemblée constituante de GEMME, était réunie à la Cour de cassation et a élu son premier conseil d'administration. Le président était Guy Canivet, le vice-président, Ivan Verougstraete, président de la Cour de cassation belge, j'étais secrétaire générale, Jacques Clavière-Schiele, était secrétaire général adjoint et Jean-Luc Pierre, conseiller à la Cour d'appel de Grenoble, était le trésorier.

Gemme était avant tout une association à vocation européenne, composée de sections nationales, dont l'objet était d'harmoniser les pratiques de la médiation en Europe et dans chaque pays de l'Union européenne.

Par la suite, pour nous ouvrir à la Norvège et à la Suisse, Gemme a inclus les pays de l'Association européenne de libre-échange (AELE).

L'essence de GEMME est résumée dans **son logo**. Il souligne l'intervention du tiers qui rassemble et unit, dans un geste d'empathie, tout en étant en retrait. Il est axé sur l'accord : les personnes se regardent, debout, sur un pied d'égalité ; les mains se joignent et dessinent le « M » de la médiation.



Le site Internet a été créé dans les deux langues européennes : le français et l'anglais. Chaque section met les informations spécifiques à son propre pays dans sa langue et désigne un responsable, comme webmaster, pour son site. L'ambition de Gemme est d'avoir un grand site européen.

Pour faire connaître la médiation, créer des liens et faire l'inventaire des bonnes pratiques, Gemme a organisé des colloques dans de nombreuses villes européennes : Grenoble, Paris, Rome, Lisbonne, Athènes, Valencia, Madrid, Genève, Barcelone, La Haye, Brno, Bucarest, Budapest, Sofia.

Les sections nationales de GEMME ont pris l'initiative de colloques et de sessions de formation au sein de leurs pays respectifs.

Gemme cherche à faire **l'inventaire des bonnes pratiques**. À cet effet, en 2008, un questionnaire a été mis au point et envoyé aux chefs des Cours suprêmes, par la voie du réseau des premiers présidents des Cours suprêmes.

Des groupes de travail ont été mis en place (médiation familiale internationale et formation à la médiation et à la conciliation).

Gemme a également **publié de nombreux livres et guides pratiques** sur la médiation, en France, en Roumanie, en Suisse, au Portugal, en Espagne, en Hongrie, en Italie et dans d'autres pays.

À l'heure de la mondialisation, on comprend que ce rassemblement de juges ne peut être ni régional, ni national, ni même européen : il doit être mondial.

C'est alors que le mouvement européen lancé par GEMME a pris un autre essor. À la suite des assises internationales de la médiation judiciaire qui se sont tenues à Paris, les 16 et 17 octobre 2009, à l'initiative de GEMME, trente-sept pays représentant les cinq continents se sont réunis et ont impulsé un mouvement mondial, concrétisé par la création d'une association : la Conférence internationale de la médiation pour la justice (CIMJ). La CIMJ est un formidable réseau international des acteurs de la médiation, mis en place pour apporter une réponse rapide dans les conflits transfrontaliers ou les enlèvements internationaux d'enfants. La CIMJ a créé une liste de médiateurs internationaux, consultable aisément.

Interlocuteur auprès des institutions européennes, Gemme a aujourd'hui le statut d'observateur auprès du Conseil de l'Europe.

Gemme comprend 450 magistrats européens répartis dans 22 pays de l'Union européenne et de l'AELE qui œuvrent **pour implanter une culture de la paix** au sein de la justice du III^e millénaire. Les métiers de justice pourront alors rendre un meilleur service et les citoyens seront davantage acteurs de la résolution de leurs litiges.

L'œuvre de Gemme en ce domaine a déjà été déterminante. **Observatoire privilégié pour la médiation**, Gemme a fait l'inventaire des bonnes pratiques et donné des avis.

Il reste à **rendre obligatoire, dans tous les pays, la formation à la médiation** (initiale et continue) tant dans les universités que dans les écoles d'avocats, de juges, de greffiers, d'huissiers et de notaires, pour que ces différentes professions **acquièrent le réflexe de médiation. C'est par l'éducation que pourra naître une culture de pacification des conflits.** Car, pour reprendre l'exclamation du premier président Pierre Drai : « La Justice sans la Paix, est-ce encore la Justice ? »

Nous avons bâti nos sociétés sur les sables mouvants de la loi du plus fort qui a pour corollaire la destruction mutuelle. Nous sommes au pied du mur. Notre instinct de survie nous montre aujourd'hui qu'il est temps de nous ancrer sur le roc solide du respect et de l'écoute de l'autre. Allier paix et justice est l'ambition de Gemme.

Les défis du magistrat du XXI^e siècle : la vision de Gemme

Ivan Verougstraete

Ancien président de la Cour de cassation belge
Ancien président de Gemme

L'influence de Gemme en Europe

1. L'influence est un terme que tant les magistrats que les médiateurs évitent. Les magistrats ont été formés à rejeter les influences extérieures – des lobbies, des hommes politiques, des amis, des chefs de corps, ou même des collègues. Le terme est perçu par les juges comme l'antinomie de l'indépendance. Les médiateurs n'aiment pas non plus le concept d'influence, tout imprégnés que nous sommes de la nécessité de confier aux parties elles-mêmes la solution à leur conflit, sans influence inappropriée. Et pourtant, après dix années d'existence, il est légitime de se poser la question de l'influence que Gemme a eue ou pourrait avoir à l'avenir.

2. Je ne parlerai pas de l'influence bénéfique qu'a eue Gemme sur notre groupe de membres. Cela ne fait aucun doute : nous avons tous bénéficié des contacts entre nous pour nous développer et améliorer notre tonus européen. Je parlerai de l'influence, plus difficilement quantifiable, de Gemme sur le plan global européen.

3. Pour mesurer l'influence de Gemme en Europe, il faut la situer dans le contexte de la médiation en Europe et dans le monde.

La médiation, même dans un contexte judiciaire et même en Europe, remonte bien au-delà des dix ans de l'existence de l'association dont nous fêtons le 10^e anniversaire. L'idée de réorienter les parties l'une vers l'autre avec l'aide d'un tiers impartial, est une idée très ancienne. La médiation et

en particulier la médiation organisée par le juge¹ sous sa forme contemporaine, a reçu sa structure définitive en Europe dans les années 70, notamment sous l'influence des écrits de Fuller qui étaient bien connus en Europe². Les premières expériences de médiation en Europe, suscitées par des magistrats, datent de cette époque. Déjà, à ce moment, se dessinait la question qui s'avérera cruciale aussi pour Gemme, de savoir si le médiateur a pour tâche de susciter l'adhésion des parties à une solution rencontrant leurs intérêts tout en étant conforme à l'ordre social et légal, ou si le médiateur se contente de susciter une relation harmonieuse entre les parties, relation elle-même porteuse de solutions au conflit.

Pour le juge chargé de veiller au bien commun, cela fait une grosse différence. Il sera plus enclin à renvoyer les parties à la médiation s'il sait que celle-ci conduira à une solution conforme à l'ordre social.

4. Nous avons tous perçu au cours de nos carrières de magistrat, que le modèle legaliste libéral dans lequel nous avons été éduqués, a été mis en question de façon parfois très rude, depuis les années 1970. Le primat de la loi et de la séparation des pouvoirs n'ont plus le même poids et dans la plupart des États européens, bon nombre d'institutions de résolution des conflits et de contrôle social sont nées. Les formules d'ombudsman, de médiation et de conciliation, les trois formes classiques d'alternatives au procès, se sont multipliées.

Dès les années 1970, l'institution judiciaire a partiellement décliné par une sorte de dessaisissement, mais simultanément à ce phénomène, l'institution judiciaire a retrouvé un certain dynamisme pour s'adapter au contexte nouveau. Un auteur français décrit en 1981 la médiation et la conciliation comme une méthode pour quitter la règle égale pour tous pour arriver à des solutions plus thérapeutiques.

5. Gemme est né au moment où le modèle classique de justice était déjà fortement contesté et où était née ce que le juge Hazel Genn appelle une « *proliferation of private dispute resolution services, processes and schemes directed at different areas of civil, family commercial and administrative law disputes, as well as community based initiatives. There is now a market in private dispute resolution services* »³.

Quel a été le rôle de Gemme dans ce contexte ?

Sa mission n'était pas de réinventer l'eau chaude. Son action n'était certainement pas en premier lieu orientée vers la réflexion sur les systèmes

¹ La médiation judiciaire ou la médiation organisée par le juge est une médiation au cours de laquelle le juge n'agit PAS comme médiateur, mais qui a lieu dans le cadre d'une instance judiciaire.

² Voir Lon L. Fuller, *Mediation-Its forms and Functions*, 44 S.Cal. L.Rev. 305 (1971).

³ *Regulating dispute resolution*, Hart Publishing 2013, p. 136.

alternatifs de solution des conflits. En soi, cela aurait été superflu. Les talents académiques ou littéraires de certains d'entre nous n'ont pas constitué un facteur de son influence.

Ce qui a justifié la création de Gemme et explique son influence se retrouve dans son nom : Europe et magistrats.

Au début de l'existence de Gemme, il importait que les magistrats européens actifs dans des pays moins ouverts que d'autres à des nouveaux types de justice découvrent à leur tour des alternatives au mode legaliste libéral dans lequel leur État s'enlisait. En 2004, seul un petit nombre d'États européens connaissait à peine la médiation (souvent seulement sous sa forme familiale). La diffusion, parmi les magistrats, d'une réflexion sur leur rôle vis-à-vis des formes alternatives de justice était utile.

Cette activité « missionnaire » dans les États découvrant la médiation était stimulante non seulement pour cet aspect de diffusion de certains modèles, mais pour le fait que cette diffusion forçait les participants à ce processus de réfléchir sur l'adéquation des modèles aux différentes cultures en cause au sein de l'Union européenne. La recherche d'un modèle européen idéal était lancée.

C'est un défi dans une Europe qui de nos jours ne semble unie que par le scepticisme et l'aigreur. Gemme part d'un postulat ou d'un credo qu'une identité culturelle européenne existe et qu'elle devrait se traduire par une attitude commune des magistrats à l'égard des modèles multiples de médiation, ombudsman ou conciliation. L'Europe était dans l'esprit des fondateurs de Gemme non pas la cause des problèmes, mais au contraire sa solution.

Est-ce que le message est passé auprès des quelque 100 000 magistrats européens ? J'en doute un peu, nous n'atteignons qu'un nombre modeste de magistrats. Nous avons toutefois contribué à assurer l'idée d'une part, que les formules alternatives à la justice d'État n'étaient pas une attaque contre le pouvoir judiciaire, mais en constituaient un complément et d'autre part, que les magistrats peuvent s'inspirer des techniques de médiation pour assurer la paix judiciaire dans les contentieux qu'ils traitent.

6. Nous devons à l'avenir, continuer à exercer une influence.

La situation de la médiation en 2014 est problématique en bonne partie par l'abondante offre privée de services de médiation, par l'appui politique qu'elle reçoit et par la mise en place de services d'intermédiation par les pouvoirs publics (les formes multiples d'ombudsman). Dans beaucoup d'États, le nombre d'affaires judiciaires est en déclin. La question de la médiation obligatoire – avec des décisions judiciaires parfois contradictoires au sujet de la licéité de la formule – interpelle.

Quel rôle doit jouer Gemme dans ce contexte ?

7. Je rappelle l'avertissement donné par Lord Neuberger : *“Let us not be carried away by zeal. Zeal for justice, zeal for one’s client are fine, but zeal for a form of dispute or any other idea, practice is not so healthy. It smacks of fanaticism, and it drives out one of the three most important qualities a lawyer should have-scepticism or if you prefer objectivity... Overstating the virtues of mediation will rebound in the long term, even in the medium term, to the disadvantage of mediation”*⁴.

Notre influence sera le fruit essentiellement du fait que, en tant que magistrats, nous ne poursuivons pas un intérêt personnel et corporatiste et que nous bénéficions de la crédibilité que confère l’objectivité. Notre message ne sera différent de celui des innombrables avocats de la médiation que parce qu’il est d’une nature radicalement différente.

En tant que juges, nous considérons les citoyens comme des titulaires de droits et non pas comme des consommateurs de services. Mais simultanément, nous devons reconnaître qu’ils sont aussi consommateurs de services, et que ces services peuvent dans beaucoup de cas répondre à leurs attentes et à leurs besoins. Ce sera là, l’influence de Gemme : dire aux parlementaires, aux gouvernements, aux citoyens, comment articuler les formes alternatives aux formes juridictionnelles classiques et comment laisser les deux interagir.

En résumé, notre influence dans les années qui viennent sera fonction de l’objectivité de notre message et du fait – c’est quelque peu ironique en matière de médiation – que nous n’ayons pas un intérêt immédiat dans la pratique de la médiation. Notre intérêt est le bien-être de la société et, par le fait même, des individus qui la composent⁵. Notre influence sera également fonction de notre volonté d’ouverture. Celle-ci nous permettra de découvrir les trésors de solutions alternatives de litiges qui se retrouvent partout en Europe et pas seulement dans notre propre pays.

⁴ “Educating Future Mediators”, speech 11 May 2010.

⁵ Ces deux sont liés, s’il faut en croire Hobbes, Locke, Rawls, Kant et Rousseau...

Allocution de Sir Gavin Lighthman lors du colloque

Sir Gavin Lightman

Ancien juge à la High Court of Justice
Ancien président de GEMME

Madame la Présidente, vous avez restreint mon discours à deux minutes. Ce qui est finalement une bonne idée puisque quasiment tout ce que j'ai souhaité dire a déjà été dit. Je pense tout de même que cela vaut la peine de dire quelques mots sur la médiation et sur GEMME.

La médiation est devenue de plus en plus importante, tout d'abord parce que le coût du procès ne fait qu'augmenter, et ensuite, parce qu'il continue à y avoir une absence chronique de financement pour la médiation. De façon encore plus importante, on peut constater les dégâts terribles dont la société souffre, par la poursuite de procès qui pourraient parfaitement s'arrêter beaucoup plus tôt. Ce qui est essentiel pour la médiation, c'est d'abord de former des médiateurs, ensuite de former les juges à la médiation, et enfin, et de façon plus importante encore, d'éduquer le grand public sur les bienfaits de la médiation.

GEMME entend œuvrer dans ces trois domaines, et a organisé l'essentiel de son activité autour de ces trois axes. Je remercie Béatrice de m'avoir fait découvrir GEMME il y a un certain nombre d'années et de m'avoir ensuite convaincu d'en devenir Président. La première conséquence pour moi, c'est de m'avoir permis de suivre une formation continue. À cet égard, mais pour bien d'autres raisons également, je suis très fier d'avoir été associé à GEMME, et j'espère pouvoir continuer à participer à ses activités à l'avenir. Je suis sûr que c'est un sentiment que nous partageons tous.

Allocution de Jacques Clavière Schiele lors du colloque

Je n'avais pas préparé d'intervention. Je suis arrivé de mon Ardèche profonde où je me suis retiré, Ardèche qui avait connu déjà en 1840, un juge fabricant de chemins de paix. À l'époque, le juge était très largement conciliateur, et ce juge a pratiqué à une époque où sont nées les premières statistiques du ministère de la Justice. Quand on se reporte à ce canton, pendant les années de pratique de ce juge, on arrive à un taux de conciliation de 70 %. C'était un notable de bonne volonté, qui avait trouvé certainement le moyen de parler à tous, d'autant plus le moyen de parler à tous qu'il faisait partie d'une communauté qui, moins de 100 ans avant, n'avait pas la parole, n'avait pas d'identité. C'était un protestant qui pendant tout le XVIII^e siècle ne pouvait pas faire autre chose que de cultiver sans avoir d'état civil.

Cet homme avait un langage extraordinaire. Pour montrer que toutes les techniques sont bonnes pour arriver à faire un accord entre les parties, sa formule était de dire : « Sous notre médiation, nous avons concilié les parties. » À l'époque pour lui, il n'y avait pas de distinction à faire, l'important était l'objectif. Je crois que toujours, lorsque nous aurons à réfléchir sur la médiation, sur la technique de la médiation, ce qui est important, c'est l'objectif, et je pense que cet objectif est d'aider vraiment les parties à bâtir elles-mêmes leur accord.

Je voudrais très brièvement faire part de l'expérience en France de l'imagination des juges. Elle est capitale. Entre l'intervention robuste du juge britannique qui lui est préconisée ou alors l'objectif donné par la loi canadienne, si le juge a de l'imagination et s'il est persuadé que la cause qui est devant lui doit aboutir par un accord, alors il trouve toujours quelque chose.

Un des premiers présidents de la Cour de cassation, qui était à l'époque président du tribunal de grande instance de Paris, était persuadé que les

parties qui avaient rompu des négociations devaient quand même parvenir à un accord. À l'époque, il n'y avait pas de loi sur la médiation, cela n'existait pas, et il avait tenté à l'audience d'amorcer une conciliation, il n'y avait rien à faire.

Alors il a trouvé dans le Code de procédure civile qu'il connaissait parfaitement bien un intervenant qui pouvait peut-être débloquer la situation. Cet intervenant, c'était le constatant. Le constatant, tout le monde pensait que c'était un huissier ou un géomètre qui allait prendre des mesures, qui faisaient des constatations matérielles. Ce brillant interprète du Code de procédure civile, lui, a dit : « Le constatant peut constater quelles sont les véritables causes du litige ».

Sans demander l'avis des parties, il a désigné un constatant. Le constatant, bien sûr, qui était averti de l'objectif du tribunal, a réuni les parties, les a entendues, et finalement, qu'est-il arrivé ? Les parties se sont mises d'accord. Cette technique, je dois dire, je l'ai utilisée à plusieurs reprises dans les chambres sociales à Paris et nous sommes parvenus à des accords inouïs sur des parties qui ne pouvaient pas discuter avant et qui aboutissaient à un accord qui même en droit était difficile à obtenir, puisque nous avons réussi ainsi à mettre fin à un litige au sein de la RATP en faisant modifier les textes d'application du statut de droit public des agents de la RATP.

J'ai d'autres anecdotes mais je ne voudrais pas encombrer. L'astuce du juge et son esprit créatif sont capitaux pour bien mener l'esprit des parties à venir quand même se mettre d'accord.

GEMME :

un observatoire pour harmoniser les pratiques nationales et européennes

Éric Battistoni

Juge du travail à Verviers

Cofondateur de GEMME

Il m'est demandé de faire avec vous un observatoire des pratiques de la médiation, et je pense que c'est un beau thème dans la mesure où cet observatoire que nous allons construire ensemble, c'est un observatoire de réflexivité. Vous allez me dire qu'il s'agit de réfléchir ensemble. Non, la réflexivité est autre chose qu'une réflexion. La réflexivité, c'est avoir la capacité d'évaluer sa propre capacité, avoir l'occasion de juger son propre jugement, de donner du sentiment par rapport à son sentiment. C'est le travail que l'on doit faire en médiation, la conscience du sujet que l'on doit faire évoquer, vivre, c'est tout le travail en médiation. Nous allons le faire à propos de la médiation elle-même dans le système.

Je vais prendre trois fois deux minutes, c'est très bref, mais c'est quand même l'occasion de vous dire, dans les pratiques de la médiation, premièrement, que la médiation est un sport dangereux. Attention, c'est plus dangereux que de l'alpinisme ! Deuxièmement, nous sommes confrontés, si c'est dangereux, à un système qui peut devenir pathogène, mais s'il peut le devenir, c'est parce qu'il a un poids et des limites. Troisièmement, quel est l'avenir de ce système, si l'on y injecte un peu de médiation.

Première réflexion, la médiation est un sport dangereux : en 1993, je suis allé chercher un article écrit par Nicholas LOUMANN*, un sociologue allemand, un article merveilleux. Si vous le souhaitez, je vous enverrai le PDF et vous pourrez le lire. Il écrit ceci : « Dans le système judiciaire, on peut se trouver, comme juge qui veut se comporter en personne intelligente, directement évincé de son poste. » Un juge qui se comporterait comme une

personne intelligente pourrait être évincé de son poste. Qu'est-ce qu'il veut dire par là ? Il dit : au départ de la justice, du système judiciaire des praticiens du droit et de la justice, se trouvent le juge, la justice, qui se fondent sur une distinction : avoir raison ou tort. Cette distinction dans le système judiciaire est remplacée par la distinction légal/illégal. LOUMANN* nous dit : « Vous ouvrez le paradoxe, la double contrainte paradoxale, le *double bind* de Grégory BATESON : ce qui rend fou dans la vie, ce qui rend fou peut-il rendre fou des juristes ou des juges ? »

Pour le montrer, LOUMANN* prend un petit exemple : un maître d'école est interrogé par ses élèves sur un problème litigieux, ce qui est mis sur la table du juge tous les jours. L'un d'eux développe son point de vue. Après avoir longuement réfléchi, le maître lui répond : « Tu as raison. » Un deuxième élève exprime son désaccord, il expose ses motifs. Après mure réflexion, le maître lui répond : « Tu as raison ». Ce sur quoi un troisième prend la parole, pour dire : « Maître, les deux opinions sont contradictoires. Vous ne pouvez pas les admettre toutes les deux. » Après avoir à nouveau très longuement réfléchi, le maître lui répond : « Tu as raison. »

Vous voyez que la troisième question, la question du paradoxe, si l'on sort de la distinction légal/illégal, nous ouvre des possibilités immenses de travail sur la conscience des personnes, mais elles sont dangereuses pour celui qui se permet de le faire, à l'intérieur d'un système qui est un système clos. Je suis toujours dans mon deuxième point, le poids du système, les limites du système avec Nicholas LOUMANN* qui nous dit : « Le paradoxe dans le droit, c'est qu'un système social opérant au moyen d'un code binaire, légal/illégal, se referme sur lui-même et ne peut que créer des paradoxes au regard des réponses qui ne sont pas toujours des réponses évidentes ou simples ; cela peut être des réponses qui nécessitent de la réflexivité, de juger de son propre jugement, d'évaluer son propre comportement ».

LOUMANN* précise que de tous les systèmes sociaux, le système judiciaire est celui qui est le plus fermé à cause d'une caractéristique dont les autres sont dépourvus. Cette caractéristique est la capacité à formuler des définitions prescriptives, des définitions normatives, et pas des définitions simplement descriptives. Faisant cela, un vice se crée, et que LOUMANN* caractérise par les mots qu'il reprend chez VARÉLA, un biologiste chilien, l'autopoïèse : la vie donne naissance à la vie. Vous êtes dans un système où la vie donne naissance à la vie. La loi écrite donne naissance à la loi écrite mais il n'y a rien d'autre que le système lui-même, il n'y a plus de bon sens. Il n'y a plus de juste. On est tout à fait sorti du vrai questionnement du juste : qui a raison et qui a tort ?

LOUMANN* ajoute : attention – et c'est la perspective heureuse pour le système, sinon il meurt – pour ne pas s'asphyxier, ne pas mourir, le système peut trouver son oxygène, il recherche ce que LOUMANN* appelle des

ouvertures cognitives. Derrière ces mots, que pourrait-on mettre ? Les exemples qu'il donne sont très clairs : il parle de la jurisprudence, qui fait évoluer la pratique du droit, la distinction légal/illégal en mettant un peu de vie dedans, mais elle a tendance à se rigidifier elle-même. Je ne vais pas parler de certains arrêts de cassation qui s'ossifient dans la jurisprudence, puisque nous sommes dans un lieu où il serait malvenu de le dire, mais je peux prendre l'exemple du tribunal de l'*equity* chez les Anglo-Saxons qui est devenu un autre tribunal rigidifié en lui-même.

Deuxième exemple, la juridicisation de grands principes qui étaient au départ purement programmatiques, je pense aux Droits de l'Homme, et qui ont encore toujours aujourd'hui, la capacité d'introduire de nouvelles capacités, de nouvelles réflexivités dans le système.

Il y a un troisième exemple, qui est clair, le modèle de la médiation. Pourquoi va-t-il ouvrir le système ? Quels sont les apprentissages cognitifs qu'il va apporter au système juridico-judiciaire ? J'en vois trois.

Elle va créer une justice procédurale différente de la justice qui socialise par la violence. On va se trouver dans une justice qui va se socialiser par la non-violence. La justice procédurale de la médiation, ce sont des règles de scénographie et c'est aussi une codification dont parlait la représentante de Madame TAUBIRA tout à l'heure. Tout cela, la médiation le trouve, mais elle reste très proche du système traditionnel, judiciaire qui est fermé sur lui-même.

Elle doit donc apporter d'autres ouvertures cognitives pour faire plus et elle va apporter une justice substantielle, cela veut dire une capacité à l'égalité, à l'égalité non pas arithmétique, mais proportionnelle, par équivalence. Dans la médiation, les gens peuvent trouver leur content, alors que, dans la justice traditionnelle, ils ne le trouvent pas souvent. C'est une justice substantielle.

Il y a une troisième forme de justice, très importante, c'est peut-être la plus importante en termes de sentiment de justice ou d'injustice, c'est la justice interactionnelle, la justice relationnelle. Si dans la médiation, un regard bienveillant se pose sur une personne quand elle parle, même pour dire par rapport à son protagoniste ce qui lui déplaît, le regard bienveillant qui lui est posé est un regard qui lui permet sa construction identitaire. La justice interactionnelle ne doit pas être perdue de vue. Pour la personne, c'est l'égal respect, l'égale reconnaissance à laquelle chacun doit pouvoir prétendre et qui dans la justice judiciaire n'est pas nécessairement garantie.

L'avenir du système. La médiation peut être un vecteur d'oxygène, peut être une bonbonne, une ouverture, une fenêtre pour le système, mais attention, il faut se départir de ses *a priori*, et le premier *a priori* dont les juristes ne parviennent pas à se départir, c'est que pour mettre plus de

justice, il faut commencer par mettre plus d'injustice. C'est la justice distributive qui en prend un coup, ce que les Grecs appelaient l'isonomie : tous sur le même pied devant la loi. Il le faut, mais tout est devenu loi impérative. C'est là le problème. Il n'y a plus de place pour faire de la discrimination positive. Cette isonomie dans l'esprit des juges, qui est la seule règle de justice, et qui de plus est souvent procédurale – le procès formellement équitable – malheureusement, est limitée. Elle n'accepte pas cette discrimination positive. Quand vous êtes en médiation, les accords vont venir à autre chose que simplement une isonomie. D'un accord à l'autre, il n'y a pas de casuistique pour dire : on doit vous faire la même chose que pour le précédent.

Il y a une rupture de l'isonomie qui est fort dérangeante pour les juristes, mais qui est l'avenir de leur propre système, sinon il va s'asphyxier. La médiation le porte. Vers quel avenir ? La médiation est un outil, une heuristique qui se décline sur trois plans : pacifier autrement ; mais pour le faire, il faut savoir autrement, ce sont d'autres connaissances qu'il faut ; le troisième plan, c'est commander autrement. Commander, dans les organisations humaines, les entreprises ou les administrations publiques, certes, mais également le juge : il donne des ordres donc il commande. C'est une autre façon de commander. Pour cela, il manque aujourd'hui – les effets de perspective, c'est un effet d'aspiration – une théorie générale du droit, de la justice, et de la médiation. On ne peut plus en faire l'impasse, l'ouverture, c'est la fenêtre du système.

Je pourrais vous donner pour terminer un exemple où vos plus puissants *a priori* vont être bousculés sur leur base. Je vais reprendre simplement un texte d'Alain TOURAINE, écrit en 2007 qui s'intitule *Penser autrement*, ce qui va vous montrer vraiment que c'est une réflexivité. « Il faut chercher, dit Touraine, à formuler d'une manière aussi cohérente et claire que possible de nouvelles formes de pensée, qui seront capables d'expliquer notre situation et notre conduite. » Touraine, la sociologie de l'action, c'était en 1960, nous sommes quelques années plus tard. Il continue : « Dans la pensée sociale dont nous avons hérité, ce qu'il y avait de plus profond, c'est une conviction positiviste, celle que la modernité signifie éliminer toutes les expressions religieuses, éliminer toutes les références à une forme quelconque de conscience des acteurs. La conscience du sujet doit être éliminée. Et, conclut Touraine, construire son individualité, c'est ne plus refuser de prendre en compte les particularités psychologiques, sociales et culturelles de chaque individu, ce qui lèse les plus faibles et les dominés ».

Je vous disais, je vais bousculer vos *a priori*, vos convictions : quand vous parlez du médiateur qui doit être indépendant, impartial et neutre, nous sommes bien d'accord. Est-ce qu'il ne doit pas à certains moments rétablir

des égalités entre la partie forte et la partie faible, la partie dominée et la partie dominante, avoir une indépendance et une impartialité active et pas seulement passive ?

Voilà, la question est posée. Vous voyez l'avenir de la médiation, nous le réfléchissons ensemble.

II

La dynamique européenne L'harmonie dans la diversité de la médiation civile et commerciale

Union européenne

L'économie de la médiation dans l'Union européenne et recommandations politiques

Par Alexia Hengl
Conseiller Eurochambres

et **Vincent Tilman**
Conseiller principal Eurochambres & médiateur

Avant-propos

Les litiges font partie de la nature humaine et la résolution des conflits a un coût élevé. La médiation, processus de règlement des différends est unanimement reconnue comme un outil alternatif efficace pour réduire les coûts de la justice et améliorer l'accès à la justice mais peu de gens ont une compréhension globale de la portée des économies potentielles. Ce n'est pas seulement la question des coûts juridiques et économiques supportés par les personnes concernées, mais aussi les coûts sociaux, de développement, environnementaux et stratégiques.

Cet article compare la résolution judiciaire des conflits à la médiation à la fois d'un point de vue micro et macro-économique. La médiation a un impact positif sur les parties impliquées dans un différend (section 1), mais des études récentes révèlent également des gains importants pour l'économie européenne dans son ensemble (section 2).

Malgré l'efficacité prouvée de la médiation, les entreprises restent prudentes quant à son utilisation (section 3). C'est entre autres une question de taille, les PME ont moins de connaissances et d'expériences des ADR que les grandes entreprises.

Dans ce contexte, les auteurs ont consulté le réseau des Chambres de commerce européennes représentant 20 millions d'entreprises avec l'objectif de proposer des recommandations visant à promouvoir la médiation en Europe (section 4).

Aux fins du présent document et tel que défini dans la directive 2008/52/CE de la médiation :

- La « médiation » est un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre.
- Le « médiateur » est tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener.

1. Perspective microéconomique – là où la médiation peut épargner des frais aux entreprises

Les coûts réels d'une procédure judiciaire, d'un arbitrage ou d'une médiation, varient en fonction de la nature du litige, de la complexité de l'affaire ou de l'endroit où le processus de résolution aura lieu. Étant donné que chaque litige est différent, il y a peu d'intérêt à quantifier le coût d'un conflit. Il est par contre possible d'identifier les catégories de coûts et les possibilités d'économies.

1.1. LE COÛT FINANCIER

La résolution judiciaire d'un litige est une entreprise coûteuse. En plus des frais d'avocat, les parties à un procès encourrent des frais de justice et éventuellement d'autres dépenses telles que les frais d'expertise ou d'exécution. La médiation permettra presque toujours d'économiser de l'argent par rapport à un litige ou d'arbitrage. La raison principale est que les médiations durent beaucoup moins de temps que les autres méthodes de sorte que, même lorsque les avocats sont impliqués, les dépenses monétaires des parties restent raisonnables. En plus d'économiser sur les frais d'avocat, les parties ne dépensent pas les frais annexes de préparation à la procédure ou à l'exécution de la décision.

1.2. LE COÛT EN TEMPS

La médiation est extrêmement efficace en termes de temps, en comparaison avec les autres formes de règlement des différends. Les

batailles judiciaires sont notoirement longues et peuvent prendre des années. La procédure d'arbitrage, bien plus rapide reste très chronophage. Les poursuites judiciaires et les arbitrages sont concentrés sur le passé, identification des faits et de la faute pour établir la responsabilité et l'évaluation des dommages. Ça prend du temps de chercher les preuves et les motifs juridiques qui permettront de convaincre le tiers décidant. La médiation est rapide en grande partie parce que l'accent est mis sur le compromis pour pouvoir aller de l'avant. Au cours d'une médiation, les parties passent leur temps à négocier directement avec l'autre dans le but précis de parvenir à un accord, plutôt que d'essayer d'établir qui a fait quoi à qui.

1.3. LE COÛT D'OPPORTUNITÉ

Le « coût d'opportunité » se réfère à ce qu'une personne ne peut pas faire parce qu'elle est en train de faire autre chose. Les ressources des gens sont limitées. Quand ils passent du temps et de l'énergie sur quelque chose, ils ne sont pas disponibles pour d'autres choses. Quand elles sont préoccupées par un conflit, ces ressources consacrées à la résolution du litige ne sont pas disponibles pour d'autres activités.

Par exemple, quand un chef d'entreprise ou un de ses employés consacre son temps et son énergie à la préparation du procès, il n'est pas concentré sur le développement de l'entreprise. Mais cela peut aussi être du temps pris sur des activités non professionnelles telles que plus les loisirs, la famille ou un besoin essentiel qui est de dormir.

Puisque la médiation permet de résoudre sensiblement plus vite le conflit que les tribunaux ou l'arbitrage, le coût d'opportunité est inférieur à ces alternatives.

1.4. LE COÛT RELATIONNEL

La confrontation devant les tribunaux ou un arbitre endommage la relation d'affaires ou personnelle presque à chaque fois. Parfois, la procédure en justice peut également affecter la relation avec des tiers qui, informés de l'action en justice, peuvent s'identifier à l'une des parties comme, par exemple, pour un conflit dans le secteur de la distribution relatif aux conditions de vente entre un grossiste et un de ses détaillants.

Lors d'une médiation, les parties prenantes vont s'asseoir ensemble, communiquer au sujet de leur différend et collaborer pour trouver une solution. Il y a une plus grande probabilité de préserver une relation d'affaires en cours voire de l'améliorer.

1.5. LE COÛT ÉMOTIONNEL

La plupart des gens trouvent qu'un conflit est stressant. Au cours de la procédure contentieuse, l'accent est mis sur le passé et fait revivre ce

moment qui peut être émotionnellement difficile, en particulier pour les personnes qui estiment avoir été lésées. Il appartient également à chaque partie de travailler avec diligence pour prouver que la partie adverse était en faute, ce qui se fait par une série d'attaques et de contre-attaques. Les allégations et accusations portées se font entre autres en salle d'audience publique, ce qui peut causer de l'embarras supplémentaire pour les personnes concernées. Enfin, les procédures contentieuses sont longues et l'incertitude sur le résultat provoque du stress, de l'appréhension et même de la peur pour beaucoup de gens.

Dans la médiation, l'accent est mis sur la recherche de solutions et sur l'avenir. Les parties communiquent sur les moyens d'aller de l'avant et de collaborer sur une solution à leur problème. Ce processus est confidentiel, les parties n'ont pas à subir une humiliation potentielle associée à un conflit rendu public. Enfin la médiation résout les différends rapidement et permet aux parties de décider du résultat en temps réel lors de leur session de médiation. Il y a moins d'angoisse liée à l'attente d'une décision.

2. Perspective macroéconomique – là où la médiation peut épargner des coûts à l'économie européenne

Quantifier l'économie générée par le recours à la médiation n'est pas une science exacte. Tout conflit est différent et il n'existe pas de données cohérentes au niveau européen sur l'utilisation de la médiation. Néanmoins, l'étude « *rebooting the mediation Directive* »⁶ publiée par le Parlement européen en janvier 2014 donne des estimations du coût global engendré par les procédures judiciaires et la médiation. Les économies potentielles identifiées sont significatives, et ce, sans tenir compte des coûts d'opportunité, relationnels et émotionnels identifiés ci-dessus. Si les procès étaient systématiquement précédés par une médiation pour les seuls litiges civils, le coût direct annuel épargné serait entre 15 et 40 milliards d'euros et le temps d'attente annuel épargné serait de 8 millions d'années ! La section ci-dessous résume les résultats de l'étude. Il faut noter d'énormes différences de coûts entre les différents États membres et, par conséquent les économies varient considérablement également.

2.1. LE COÛT FINANCIER

L'étude qui compare le coût moyen d'un procès avec une médiation prend en compte les frais judiciaires et le coût de l'avocat des parties d'une part et les frais administratifs de la médiation, des honoraires du médiateur et

⁶ "Rebooting" the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU, January 2014, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

de l'avocat des parties d'autre part. Le coût moyen pour obtenir une décision de justice en Europe est 9 179 € tandis que la médiation coûtera 3 371 € pour le même conflit.

L'étude va plus loin et prend en compte le fait que le taux de réussite d'une médiation n'est pas de 100 %. Les auteurs proposent d'estimer le coût moyen d'un processus de règlement des différends lorsque la médiation a échoué et qu'elle est suivie d'un procès. Un premier scénario très prudent estime que si le taux de réussite moyen de la médiation est de 50 %, le coût moyen de règlement des différends serait de 7,960 €. Un deuxième scénario, probablement plus réaliste, avec une moyenne de taux de réussite de 70 % conclut que le coût moyen tombe à 6 124 €.

Tenant compte qu'il y a approximativement 13 millions d'affaires civiles et commerciales introduites devant les tribunaux chaque année, l'étude permet d'extrapoler une économie sur les coûts de 15,847 millions d'euros avec le scénario prudent (taux de réussite de 50 %) et de 39,715 millions d'euros avec le scénario plus réaliste (taux de réussite de 70 %).

2.2. LE COÛT EN TEMPS

L'approche est similaire pour évaluer le « temps d'attente » des parties afin d'obtenir une décision ou de trouver une solution à leur conflit. Le délai moyen pour obtenir une décision en justice en Europe est de 566 jours. Le délai moyen pour obtenir une solution pour le même différend dans le cadre d'une médiation est de 43 jours.

Ici aussi, l'étude prend en compte le taux de réussite de la médiation et de la probabilité que les parties doivent finalement intenter une action en justice. Avec le scénario de 50 % de taux de réussite en médiation, le temps d'attente moyen est de 326 jours, et avec le scénario de taux de réussite de 70 %, le temps d'attente moyen est de 213 jours.

Le temps d'attente cumulé pour les 13 millions de cas introduits auprès des tribunaux en matière civile et commerciale est de 8,5 millions d'années pour les estimations prudentes et de 12,6 millions d'années pour le scénario plus réaliste.

3. *L'approche des entreprises aux conflits*

L'approche des entreprises au conflit varie considérablement selon leur taille et dans une moindre mesure leur secteur d'activité et la zone géographique d'activité.

Les grandes entreprises ont tendance à intégrer la gestion des différends dans un processus général de planification. L'équipe juridique est plus à même de comprendre les enjeux commerciaux plus larges auxquels fait face l'entreprise. Les PME sont confrontées à moins de litiges et la nature des

conflits est généralement moins technique. Les problèmes de paiement sont de loin le principal sujet de conflit pour les PME. Lorsqu'un différend technique se pose, les PME réfèrent l'affaire à un avocat qui est par nature externe à la société et en comprend moins bien les enjeux.

Il n'est donc pas surprenant de voir les grandes entreprises plus enclines à éviter les risques liés à l'incertitude des procédures judiciaires et mettre l'accent sur la préservation des relations. Au contraire, les PME confrontées à un cas isolé sont plus susceptibles de se concentrer sur les termes du contrat en vue d'une action devant les tribunaux.

Interrogées sur leurs exigences en matière de règlement des différends, les entreprises s'accordent à dire qu'il doit être rapide, efficace en termes de coût et le résultat doit être favorable. La compréhension de ce qu'est un résultat favorable varie cependant. Pour certaines, le résultat attendu est de gagner le procès tandis que pour d'autres, le maintien de la relation et de l'équité est de plus grande importance.

3.1. CONNAISSANCE ET UTILISATION DE LA MÉDIATION PAR LES PME

L'étude « *SME access to ADR systems* »⁷ publiée par la Commission européenne en 2006 a révélé que seulement 2 % des litiges B2B impliquant des PME ont été réglés par l'ADR (non exclusivement arbitrage et médiation). Dans trois pays seulement (à savoir la Pologne⁸, la Slovénie et l'Angleterre), la médiation commerciale était décrite comme bien établie tandis que cinq autres (à savoir le Danemark, la France, l'Allemagne, les Pays-Bas et l'Espagne) notaient un intérêt croissant. L'étude « *The Cost of non ADR* »⁹ également financée par la Commission européenne et publiée en 2010 estime le nombre de litiges soumis aux ADR à moins de 0,5 % dans la plupart des pays de l'UE.

Bien que les services de médiation soient offerts dans presque tous les domaines tels que la médiation familiale, la médiation en milieu de travail ou dans le secteur commercial, il y a un consensus pour dire que le nombre réel de cas de médiation est plutôt faible dans la plupart des domaines.

Il faut cependant noter une difficulté pour recueillir des données fiables sur le nombre de médiations et le type de conflits concernés. Le problème réside dans la nature du processus de médiation lui-même. La procédure est confidentielle et il n'y a pas d'obligation d'enregistrer les médiations ou les accords issus d'une médiation auprès d'une autorité compétente quelconque.

⁷ EIM, *SME access to Alternative Dispute Resolution systems*, February 2006, http://www.kmuforschung.ac.at/de/Projekte/ADR/Final_report_ADR_SMEs.PDF

⁸ L'auteur met en doute ce résultat positif pour la Pologne particulièrement.

⁹ ADR Center, *The Cost of Non ADR – Surveying and Showing the Actual Costs of Intra-Community Commercial Litigation*, June 2010, http://www.adrcenter.com/jamsinternational/civil-justice/Survey_Data_Report.pdf

Les seuls chiffres existants sont établis sur base de données statistiques limitées.

Ce qui est plus inquiétant, c'est le manque de connaissance et la préconception négative sur la médiation. Selon l'étude de 2006 mentionnée ci-dessus, la grande majorité des PME (83 %) qui ont été impliquées dans des conflits ne savent pas ce que sont les ADR. Le manque de sensibilisation à la médiation est beaucoup plus grand pour les PME que pour les grandes entreprises. Les entreprises qui ont pris part à une procédure de médiation sont prêtes à utiliser à nouveau la médiation si elles devaient être à nouveau confrontées à un conflit.

3.2. LES RAISONS POUR AVOIR RECOURS À LA MÉDIATION

L'économie sur les coûts et le gain de temps sont les premières raisons citées par les entreprises indépendamment de leur taille et de leur origine géographique.

Les entreprises n'ont pas le temps pour de longues procédures : « *business must go on* ». Les décisions de justice tardives entravent les investissements et peuvent mettre en péril la pérennité de l'entreprise. Les frais de justice et d'exécution du jugement sont également élevés. Dans la plupart des cas, l'accord de médiation est appliqué volontairement par les parties, ce qui réduit considérablement les frais d'huissier. Et si les avocats sont généralement invités à participer à la médiation commerciale, leur participation est moins dominante que dans les procédures judiciaires. La préservation de la relation d'affaires peut aussi permettre d'économiser de l'argent car il n'est pas nécessaire de résilier le contrat et de développer de nouvelles relations d'affaires avec un autre fournisseur ou à repartir de zéro avec un client.

Les entreprises, qui sont « *dispute wise* »¹⁰ font état d'autres raisons pour recourir à la médiation. Elles utilisent la médiation qui est considérée plus satisfaisante dans la mesure où l'entreprise règle elle-même le différend et garde ainsi le contrôle sur le résultat. Elles mentionnent aussi l'intérêt à maintenir de bonnes relations d'affaires et à obtenir une résolution durable des litiges.

Les principales raisons pour recourir à la médiation sont :

- économie d'argent,
- gain de temps.

Les raisons secondaires pour l'utilisation de la médiation sont :

- processus plus satisfaisant,

¹⁰ Une entreprise est considérée comme « *dispute wise* » quand elle témoigne d'une volonté d'avoir une vision globale des conflits de l'organisation. Le concept « *dispute wise* » a été développé par l'American Arbitration Association, <http://www.adr.org/sp.asp?id=29431>.

- parties règlent le conflit elles-mêmes,
- accord trouvé plus satisfaisant,
- préservation de bonnes relations d'affaires entre les parties,
- résolution plus durable.

Les raisons suivantes sont également mentionnées par les grandes entreprises :

- opportunité d'utiliser l'expertise du médiateur,
- garantie de confidentialité,
- pratique courante dans l'industrie,
- souhaité par la direction de l'entreprise,
- efficacité pour le litige de type managérial ou techniquement complexe,
- évite d'établir des précédents juridiques.

Mais la raison d'avoir recours à la médiation peut aussi être le fait qu'elle soit obligatoire, ce qui est le cas lorsque :

- mandatée par le juge,
- rendue obligatoire par la loi,
- fait l'objet d'une clause contractuelle.

À noter que lorsque les parties sont obligées de négocier (médiation imposée par la loi ou par le juge), le taux de réussite tombe à environ 50 % alors qu'il est supérieur à 70 % lorsque la médiation est volontaire (y compris clause contractuelle).

3.3. LE COÛT DE LA NON-RÉSOLUTION DES LITIGES POUR LES PME

La plupart des PME tentent de résoudre leur différend par la négociation. Si aucun compromis facile ne peut être atteint, la PME peut aller au tribunal, chercher de l'aide de tiers (en ce compris le médiateur) ou laisser le différend non résolu. Environ 25 % des litiges sont laissés en suspens.

Lorsque le différend est non résolu, on observe que cela entraîne un ensemble de coûts pour l'entrepreneur. On parle de coûts directs tels que les factures impayées ou des dommages-intérêts non compensés mais également de coûts indirects tels que les frais de justice et les frais d'avocat. Il peut également y avoir des coûts à long terme que sont perte de marché et perte de relation d'affaires.

4. Manifeste pour une politique pro médiation au niveau européen¹¹

La rationalisation de la résolution des différends commerciaux est, pour Eurochambres, un moyen d'économiser certains coûts et d'améliorer la compétitivité de l'économie européenne. Les recommandations ci-dessous ont été élaborées par le réseau de l'Association européenne des Chambres de commerce et d'industrie à la suite d'un processus de consultation européen.

4.1. COHÉRENCE DE LA DÉFINITION

Le terme « médiation » est utilisé dans une grande variété de contextes et prend des significations différentes dans les cadres juridiques des États membres de l'UE. C'est déroutant pour les utilisateurs et cela complique considérablement les activités de sensibilisation à la médiation.

Pour ne prendre que quelques exemples, la médiation est utilisée dans les contextes suivants : intermédiation en assurance, médiation pénale, médiation institutionnelle, médiation sur les prélèvements de droits d'auteur, médiation de l'OMC, médiation interne, médiation de dettes...

Recommandations :

- Chercher une plus grande cohérence dans l'utilisation du terme « médiation » et s'abstenir de multiplier son utilisation dans un autre contexte que celui de la directive 2008/52/CE.
- Éviter l'utilisation du terme « médiation » pour tout processus de règlement des différends où la troisième personne n'est pas indépendante des parties (comme la médiation institutionnelle ou la médiation interne) ou rend une décision sur le conflit (comme l'arbitrage).

4.2. LA MÉDIATION EST UN PROCESSUS VOLONTAIRE QUI DOIT ÊTRE ENCOURAGÉ

La médiation est un processus visant à accroître la participation des parties, favorisant l'autodétermination et permettant de créer une solution mutuellement acceptable. Toutefois, l'expérience montre que les parties qui ne connaissent pas le processus de médiation ne vont pas spontanément à la table de médiation. Cela légitime des tentatives anticipant ce problème ayant recours à la clause de médiation, l'injonction judiciaire à la médiation ou une obligation par la loi de tenter une médiation pour un certain type de litiges.

L'objectif est que toutes les parties participent au processus de médiation de bonne foi mais que les parties gardent la liberté de quitter le processus à

¹¹ Prise de position adoptée par Eurochambres en avril 2014, http://www.eurochambres.eu/objects/3/Files/EUROCHAMBRES_Position_Paper_B2B_mediation.pdf

tout moment. Les parties ne peuvent pas être forcées (par un contrat, un juge ou une loi) à parvenir à un accord.

Recommandations :

- Lorsque la médiation est rendue « obligatoire » par une clause contractuelle, une décision du juge ou une loi,
 - prévoir que l’obligation pour les parties sera limitée à la participation de bonne foi à une réunion avec le médiateur ou sera exploré l’intérêt d’une médiation pour le cas spécifique. Dans tous les cas, les parties seront autorisées à arrêter la médiation à tout moment et à un coût raisonnable. Les parties à un conflit ne doivent jamais être tenues d’aboutir à un accord ou de signer un protocole d’accord à la fin du processus de médiation,
 - rendre des sanctions possibles pour le refus des parties de participer à la première réunion de médiation sans justification. Par exemple, sanctionner aux frais de justice, la partie qui a refusé la médiation même si elles devaient gagner le procès ultérieurement.
- Exiger des parties qui refusent de participer à la médiation de fournir le motif du refus.
- Donner des incitations aux parties qui optent pour la médiation telles que des subventions publiques (aide juridique), des incitations fiscales ou des remboursements de frais de justice.
- Exiger des avocats qu’ils informent les parties sur ce qu’est la médiation et qu’ils l’envisagent comme une alternative aux poursuites. Prévoir également la possibilité d’imposer des sanctions aux avocats qui ne le font pas.

4.3. LA FORMATION DES MÉDIATEURS : STANDARDS ET ACCRÉDITATIONS

La confiance dans le processus de médiation est un enjeu crucial pour le développement de la médiation et cela dépend pour beaucoup des compétences et de la formation du médiateur. Une seule mauvaise expérience peut ruiner le crédit de la médiation. La médiation a une structure, un processus et une dynamique que la plupart des négociations manquent. Les médiateurs utilisent différentes techniques pour ouvrir ou améliorer le dialogue entre les parties. C’est une erreur de penser que les avocats sont automatiquement qualifiés pour être médiateurs en vertu de leur inscription au barreau.

L’élaboration de normes européennes relatives aux compétences et à la formation des médiateurs ouvre la voie à des systèmes d’accréditation

(privés ou publics) et tire vers le haut la qualité des médiateurs et de la médiation.

À l'heure actuelle, il n'existe pas de réglementation européenne régissant la pratique de la médiation contrairement à d'autres professions, comme le droit ou la médecine. Certains États membres, organismes gouvernementaux (y compris certains tribunaux) et centres de médiation ont élaboré des exigences spécifiques pour leurs médiateurs et ont prévu des systèmes d'accréditation volontaires ou obligatoires. Ces systèmes d'accréditation visent à garantir la qualité des médiateurs.

Les systèmes d'accréditation permettent d'identifier le nombre de médiateurs et par voie de sondages d'évaluer le marché et la pratique de la médiation. Certains systèmes d'accréditation distinguent le domaine d'expertise du médiateur (familial, civil, commercial, social...) offrant des informations supplémentaires aux parties. Par ailleurs, les formations en médiation ne sont pas toutes de même qualité. Le développement d'un système d'accréditation pour le programme de formation permet d'améliorer la qualité de la formation également.

Recommandations :

- La médiation est un processus structuré qui augmente les chances de succès des parties à trouver un accord. Une formation à la médiation devrait être exigée des candidats médiateurs ainsi qu'une formation continue qui garantit que ces compétences restent à jour.
- La Commission européenne devrait soutenir l'élaboration de standards relatifs aux compétences de médiateur et à la formation en médiation qui rendront possibles une convergence progressive des compétences des médiateurs et une reconnaissance mutuelle des médiateurs (utile pour les médiations transfrontalières).
- Les États membres devraient promouvoir les systèmes d'accréditation publique ou privée afin d'améliorer la qualité du service mais aussi pour permettre de réunir des statistiques sur la médiation (EU Justice Scoreboard).
- La médiation devrait faire partie du programme de maîtrise en droit.

4.4. LA MÉDIATION ET LES TRIBUNAUX

Les juges doivent être autorisés à convoquer les parties (avec ou sans leurs avocats) pour leur proposer la médiation et renvoyer l'affaire à un médiateur ou un centre de médiation à tout moment.

Recommandations :

- Autoriser le juge à suggérer aux parties de tenter une médiation (avec la possibilité de se retirer au cours de la première réunion à peu de frais).

- Autoriser le juge à demander aux parties les motifs de refus de recourir à la médiation et éventuellement condamner la partie qui refuse aux frais de justice.
- Exiger des juges de motiver les raisons pour lesquelles ils ne réfèrent pas une affaire à la médiation.
- Mettre en place un programme de formation à la sensibilisation à la médiation pour les juges.
- Faire du renvoi à la médiation un élément d'évaluation des juges.

4.5. EXÉCUTION ET RÔLE DES CHAMBRES DE COMMERCE

La pratique montre qu'il n'est pas difficile de faire appliquer un accord de médiation. Dans la très grande majorité des cas, l'accord sera mis en œuvre par les parties volontairement, sans formalités supplémentaires. Cependant, gardant pour objectif de promouvoir la confiance dans la médiation, il est conseillé de faciliter l'exécution de l'accord de médiation. La plupart des États membres ont une législation relative à l'exécution de la médiation.

Notons que les parties peuvent, sous réserve du consentement du médiateur, s'entendre pour désigner le médiateur comme arbitre et lui demander de confirmer l'accord de règlement dans une sentence arbitrale.

Recommandation :

- Les Chambres de commerce et d'industrie devraient se voir confiées à agir en tant que tiers de confiance et à enregistrer les accords de médiation en matière commerciale.

4.6. LA CHARTE DE LA MÉDIATION

La « charte de la médiation » est une déclaration publique dans laquelle ceux qui la signent (entreprises, cabinets d'avocats, agences gouvernementales, etc.) déclarent adopter une approche systémique de résolution des litiges mettant davantage l'accent sur la médiation. Différentes formes de chartes ont été promues dans de nombreux pays, entre autres, aux États-Unis, au Royaume-Uni, en France, en Belgique ou à Singapour.

Recommandation :

- Créer une charte de la médiation européenne pour les entreprises, les cabinets d'avocats et les agences gouvernementales, avec l'appui politique des institutions européennes.

4.7. L'ABSENCE DE DONNÉES ROBUSTES SUR LA MÉDIATION ET « RELATION ÉQUILIBRÉE »

La médiation est une réalité en Europe mais il est impossible de recueillir des données fiables sur la pratique. Cela est dû à la spécificité de la

médiation qui est volontaire et confidentielle. Il n'y a aucune obligation de faire rapport sur les médiations effectuées et le nombre de médiations administrées par les centres de médiation n'est pas représentatif¹².

La directive sur la médiation indique que son objectif est « de favoriser le règlement amiable des litiges en encourageant le recours à la médiation et en garantissant une articulation satisfaisante entre la médiation et les procédures judiciaires »¹³. La directive ne spécifie pas si cette relation équilibrée (articulation satisfaisante) entre nombre de médiations et affaire en justice est de 2 médiations pour 1 procès ou s'il est, comme maintenant, d'une médiation pour 100 procès. L'Objectif chiffré de relation équilibrée (OCRE en français ou BRTN en anglais pour *Balanced Relationship Target Number*) est le pourcentage minimal de cas de médiation nécessaire pour assurer une « relation équilibrée » avec le nombre de cas soumis aux cours et tribunaux.

La politique d'OCRE doit être ambitieuse. Les Chambres européennes considèrent que la médiation devrait être la règle, les litiges, l'exception.

Recommandations :

- La médiation devrait être au cœur de l'EU Justice Scoreboard¹⁴.
- La Commission européenne devrait améliorer la qualité de la collecte de données sur la médiation. Une option pourrait être de demander aux médiateurs de s'enregistrer dans un registre public ou privé et de mener des enquêtes annuelles¹⁵.
- Chaque État membre doit déterminer son Objectif chiffré de relation équilibrée (OCRE). L'incapacité à établir et à atteindre l'OCRE est un non-respect de la directive.

4.8. LA MÉDIATION ET LES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES

La médiation est rarement utilisée par les pouvoirs publics. La Commission européenne, par exemple, fait référence dans ses contrats au « règlement à l'amiable » mais avec quels résultats ? La clause type de règlement à l'amiable incluse dans les contrats de la CE n'est pas une clause de médiation, mais une simple invitation à négocier avant l'escalade du conflit devant les tribunaux.

L'insertion d'une clause de médiation dans les contrats est un engagement à essayer de trouver une solution au conflit par un processus de

¹² Voir le rapport de *Go to Mediation* rédigé par Unioncamere sur « Pan-European mediation practices – survey on the use of B2B mediation », www.gotomediation.eu

¹³ Directive 2008/52/CE article 1.1.

¹⁴ EU Justice Scoreboard : http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/scoreboard/index_en.htm

¹⁵ Les enquêtes doivent être anonymes au risque de ne pas apporter d'information fiable.

médiation. Il n'oblige pas les parties à trouver un accord et permet aux parties de se retirer du processus de médiation à un stade précoce si celle-ci ne devait pas être fructueuse.

Recommandations :

- Les administrations publiques devraient être tenues d'examiner systématiquement la possibilité d'intégrer une clause de médiation dans leurs contrats.
- Un exemple de clause de médiation serait : « *dans le cas d'un différend entre les parties relatif à l'interprétation, l'application ou la validité du contrat qui ne peut être réglé à l'amiable, les parties tenteront de résoudre ce différend par la médiation [conformément au règlement du centre de médiation xxx]. En l'absence d'accord de médiation, les parties porteront le litige devant les tribunaux de [yyy]* ». La clause de médiation est plus robuste si elle se réfère à la procédure d'un centre de médiation.

Conclusion

Beaucoup d'efforts doivent être faits par les décideurs politiques, les associations d'entreprises et les professions juridiques pour aider les citoyens et les entreprises à passer d'une culture de litige à une approche de médiation. Les enquêtes montrent qu'à l'heure actuelle, moins d'1 % des conflits adressés aux tribunaux vont en médiation. Une approche proactive a été adoptée en Italie où la médiation est devenue une étape obligatoire avant l'introduction d'une action en justice dans un certain nombre de matières. Cette approche devrait être progressivement adoptée dans d'autres pays européens comme la Roumanie et les Pays-Bas où l'objectif ultime est d'atteindre un équilibre entre le recours à la médiation et aux tribunaux. Il est probablement trop tôt pour dire si c'est l'option pour l'Europe. La force de la médiation ne réside-t-elle pas dans une large mesure de son caractère volontaire pour les parties ?

Allemagne

La section allemande de Gemme

Par Peter Osten

Juge administratif honoraire et médiateur

Vice-président de GEMME, trésorier de la section allemande de GEMME

GEMME comme groupement européen est né à Paris le 19 décembre 2003. Dès les débuts de notre groupement y étaient également présents quatre collègues allemands, dont deux, Christoph Strecker et Eberhard Carl avaient par la suite suivi les premiers pas dès le début comme membres du conseil d'administration.

La section allemande de GEMME elle-même est née, sur initiative surtout de Christoph Strecker, un an plus tard, le 16 décembre 2004, toujours à Paris.

Encore en juillet 2004 le compte rendu d'un conseil d'administration de GEMME avait retenu pour l'Allemagne :

« C. STRECKER se sent "frustré" car sur 10 personnes intéressées, seulement 3 ont envoyé le coupon-réponse. »

Pourtant à la veille de l'assemblée générale de GEMME, ce sont déjà neuf collègues allemands qui se réunissent sur invitation de Christoph pour dîner ensemble au Quartier Latin, près de la Place Contrescarpe, 81 Rue du Cardinal Lemoine, au Restaurant « L'Époque », et qui décident de créer une section pour la République fédérale d'Allemagne :



La plaque commémorative manque encore (source : Google-maps)

Cette naissance politique dans un cadre culinaire est suivie par celle juridique : une assemblée fondatrice aura eu lieu quelques mois plus tard, le 16 avril 2005, à Berlin, avec proclamation des statuts et l'élection d'un bureau exécutif. La section sera présidée successivement par Christoph Strecker (jusqu'en 2006), Sabine König (jusqu'en 2009) et Freya Entringer (jusqu'à aujourd'hui).

Le 18 mars 2006, la section italienne de GEMME, présidée alors par Maria Giuliana Civinini organise le premier grand congrès de GEMME à Rome à la Corte di Cassazione. La section allemande n'y manquait pas et y était bien présente avec neuf membres ainsi que trois rapporteurs : Eberhard Carl, Sybilla Hoch et Urte Treidel. Sans oublier de mentionner le rapporteur soussigné de ce récit qui avait commis l'imprudence de mettre ses pieds dans cette honorable réunion, ce que lui vaudra non seulement l'appartenance à GEMME, mais aussi le bouleversement de sa vie familiale, puisqu'il y a rencontré une collègue italienne qui deviendra par la suite sa compagne.

La section allemande de GEMME organise tous les ans une formation professionnelle dans le domaine de la médiation, par exemple, des séminaires avec Jack Himmelstein.

Durant les débats parlementaires au Bundestag et au Bundesrat en 2010, 2011 et 2012 au sujet de la transposition en droit interne de la directive

2008/52/CE du 21 mai 2008¹⁶, la section allemande de GEMME est intervenue auprès des parlementaires en faveur du maintien de la médiation judiciaire et a eu en grande partie gain de cause. La loi entrée en vigueur le 26 juillet 2012¹⁷ prévoit des juges conciliateurs dans les tribunaux et Cours de justice qui peuvent mettre en œuvre toutes les méthodes de résolution de conflits « y compris la médiation »¹⁸.

En mai 2013 la section allemande, qui compte actuellement une quinzaine d'adhérents, a accueilli les membres du conseil d'administration du GEMME pour leur réunion à Berlin, avec un programme-cadre qui a permis à nos collègues et leurs familles de connaître la capitale allemande, avec un petit déjeuner sur le toit du Reichstag.



De g. à. d. : Márta Kovács, Peter Osten, Petér Szabó, Béatrice Brenneur

¹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Fr:PDF>

¹⁷ http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/mediation_act_%28mediationsg%29.pdf

¹⁸ Pour les détails, voir Fritz, *Konsensuale Streitschlichtung an deutschen Gerichten – eine Bestandsaufnahme*, dans cette publication.

Autriche

Comment convaincre les parties en litige de choisir l'outil médiation ?

Par Dr Felicitas Paller

Tribunal de commerce de Vienne

En Autriche, la loi sur la médiation civile existe depuis 2004, avant même l'entrée en vigueur de la directive européenne.

Cependant, la médiation adjointe au tribunal était inexistante, à l'exception de quelques litiges dans les chambres de la famille des tribunaux. Dans les litiges de divorce et de garde, le juge pouvait inciter à la médiation et, en même temps, offrir l'aide du gouvernement. Le montant de la contribution de l'État aux frais de la médiation dépendait des moyens des parties.

La médiation dans les affaires commerciales était inconnue. Il y a six ans, le tribunal de commerce de Vienne a été contacté par cinq médiateurs, chacun d'eux représentant une association différente de médiateurs. Ils ont créé une collaboration entre la cour et les médiateurs. Il y avait deux juges (j'étais l'un d'eux) intéressés par le projet et un groupe de travail a été mis en place, composé de deux juges, cinq médiateurs et le président de notre cour que nous avons convaincu de présider.

Au cours de réunions mensuelles, nous avons discuté longuement pour trouver comment une collaboration entre les médiateurs et les tribunaux pourrait être développée, en gardant à l'esprit que le juge dans son poste représente le pouvoir de l'État, tandis que les médiateurs effectuent une profession libérale.

L'article 204 de notre Code de procédure civile permet au juge d'adresser des affaires aux structures spécialisées dans la résolution extrajudiciaire des différends, s'il pense que c'est souhaitable. Cela signifie que le juge peut

toujours inciter les parties à aller en médiation, mais il ne les convainc pas nécessairement alors qu'elles ont déjà opté pour le procès.

Une question sensible était de savoir comment le juge, qui a un rôle impartial et objectif dans le cadre de son pouvoir, peut proposer une médiation sans donner l'impression qu'il agit pour des intérêts professionnels privés. Comment mettre l'accent sur les avantages de la médiation sans éveiller la suspicion ? Comment mettre l'accent sur les avantages de la médiation sans laisser penser que le juge cherche à alléger sa charge de travail ? Aucun juge ne veut faire face à l'opprobre de la paresse ou à un dépassement de pouvoir pour favoriser une entreprise privée. Le rôle particulier du juge est ce qui rend une telle proposition si délicate.

Je ne peux pas vous fournir un ensemble de mots-clés ou un tas de phrases efficaces pour convaincre les parties. Cela doit être laissé à l'appréciation individuelle, aux forces de persuasion de chaque juge.

Nous avons non seulement exposé oralement aux parties l'intérêt de la médiation, mais encore, nous avons conçu des fiches et des brochures expliquant les avantages de la médiation. Elles sont remises aux parties lors de la première audience où elles sont présentes. On peut également les annexer à la convocation.

Au tribunal de commerce de Vienne, l'ensemble du processus d'encouragement des parties pour aller en médiation a décollé au bout d'environ un an quand nous avons réalisé que recommander la médiation dans l'abstrait, puis laisser les parties choisir un médiateur dans une liste comprenant 3 000 noms, ne pouvait pas fonctionner. Même les parties qui étaient bien disposées à aller en médiation l'oubliaient souvent une fois sorties de la cour. Souligner simplement qu'il y a un autre moyen de résolution des conflits et laisser partir les parties avec une liste anonyme de médiateurs à choisir ne les attirait pas et ainsi ne les engageait pas.

Étant ainsi bloqués, après environ un an de réunions mensuelles où pas un seul cas n'avait opté pour la médiation, j'ai eu l'idée que, comme cela arrive souvent au démarrage des entreprises, il fallait offrir quelque chose de gratuit, quelque chose qui fonctionne comme un appât. J'ai donc expliqué aux médiateurs que s'ils voulaient s'impliquer dans la médiation adjointe au tribunal, il fallait offrir un service gratuit, au moins dans la phase initiale du projet. Les médiateurs ont accepté d'offrir leurs services à un taux réduit, spécifiquement réservé aux parties qui sont passées du procès à la médiation.

Le taux réduit était une chose, mais j'ai aussi pensé que les parties devaient réellement voir les médiateurs plutôt que de les choisir aveuglément sur une liste, sans même savoir qui est vraiment spécialisé dans la médiation commerciale. Alors, j'ai demandé aux médiateurs de notre groupe de travail que je connaissais et dont je connaissais l'expertise en médiation

commerciale, de venir s'asseoir à côté de moi dans une audience et d'expliquer aux parties les avantages et les coûts probables de la médiation. Je leur ai demandé de le faire sans frais et ils ont accepté.

J'ai ensuite suivi l'approche suivante. Après avoir choisi dans mes dossiers ceux qui étaient susceptibles de médiation – choix relativement rapide – j'ai envoyé une note aux avocats pour leur demander s'ils s'opposeraient à la présence sans frais d'un médiateur à notre prochaine audience, en expliquant que le médiateur pourrait alors exposer la nature et le coût probable de la médiation. Très peu d'avocats ou de parties s'y sont opposés, ils ont plutôt gentiment accepté cette offre. Ils gagnaient une occasion sans frais, car ils n'étaient pas engagés. Laisser un médiateur expliquer la nature et les coûts de la médiation est un vrai plus. Le choix de la procédure judiciaire ou de la médiation doit se faire avec le plus grand soin. Il est évident qu'une affaire impliquant une grande société, ou une masse de la faillite n'est pas un cas approprié.

Après cette introduction, je donne la parole au médiateur qui est assis à côté de moi. Il ou elle explique ensuite la nature, les avantages, la durée moyenne et les coûts probables de la médiation. À ce stade, je n'ai presque jamais réussi à remettre un dossier à un médiateur. Les parties ayant vu le médiateur, après avoir eu la chance de lui parler, ayant un aperçu de ce qu'est la médiation, et dernier point, mais non le moindre, avoir une estimation du coût moyen prévu, il est rare qu'elles disent ne pas vouloir essayer.

Si les parties acceptent la médiation, c'est au juge de décider de reporter l'audience à une date ultérieure, afin de laisser aux parties la chambre de médiation dans l'intervalle, dire si l'ajournement est sine die ou d'accepter ou non une suspension de la procédure. J'ai eu de bonnes expériences avec le report de l'audience sans en fixer la date, pour permettre aux parties, si la médiation échoue, de se rapprocher de moi pour me demander une date proche pour une nouvelle audience. C'est ce que je leur offre en échange de leur accord pour voyager sur un itinéraire un peu imprévu. Leur offrir une date proche est possible grâce au fait qu'en Autriche, c'est le juge qui donne aux parties la date de leur audience. Les dates ne sont pas données de manière centralisée par le greffe.

Depuis, cette approche a été adoptée par tous les juges de notre cour, et maintenant nous avons une équipe de médiateurs experts à portée de main à laquelle nous pouvons faire appel pour assister à une audience. Tous sont pris en charge par les cinq médiateurs qui ont commencé avec nous dans le groupe de travail et la présentation est faite par eux. Tous doivent avoir une expérience dans la médiation commerciale. Il est essentiel que le juge ait une confiance absolue dans les compétences du médiateur. Le juge serait responsable de l'échec de la médiation s'il n'en était pas ainsi. La qualité des

médiateurs à notre disposition est assurée par le groupe de médiateurs de base qui a commencé le projet avec nous et que nous rencontrons encore deux fois par an pour donner et recevoir des commentaires lors de réunions de groupe.

Le modèle élaboré dans le tribunal de commerce de Vienne a été adopté par six autres tribunaux régionaux et il se répand rapidement dans toute l'Autriche. Dans tous ces tribunaux, des groupes de travail ont été mis en place, les médiateurs et les juges y travaillent ensemble. Dans tous ces tribunaux, un groupe de médiateurs a été établi, qui vient à la demande présenter gratuitement la médiation au cours d'une audience du tribunal. Pendant combien de temps vont-ils travailler à un taux réduit ? La question reste entière.

Ce modèle qui a débuté à l'initiative de trois juges et cinq médiateurs dans le tribunal de commerce de Vienne a reçu le soutien du ministère autrichien de la Justice.

Belgique

Belge de Gemme

Par Ivan Verougstraete

Président honoraire de la Cour de cassation de Belgique
Ancien président de Gemme

1. La section belge de Gemme

Les magistrats belges ont participé dès son origine à la création et à la vie de Gemme et ont joué un rôle actif dans toutes les activités européennes de Gemme. Le nombre de membres actifs de la section belge a toujours été important et, sauf pendant quelques mois, n'a jamais été inférieur à 30.

Les magistrats belges ont développé depuis plusieurs années des projets pilotes (notamment dans les tribunaux de commerce de Liège, Namur et Bruxelles et dans les tribunaux de la famille). Certains tribunaux ont offert des services gratuits de médiateurs, du moins pour la rencontre initiale. D'autres magistrats, membres de Gemme, ont activement participé à la rédaction de textes législatifs. D'autres encore ont enseigné le droit des procédures alternatives ou ont été membres de la Commission fédérale de médiation.

La section en tant que telle a organisé des journées d'études en coopération avec des organismes de médiation belges (tel b-mediation) et participé à des sessions de formation de juges avec l'Institut belge de formation judiciaire. Un google group actif a contribué à créer des liens entre les membres et permis des discussions impliquant des magistrats de toutes les parties du pays.

La section belge a contribué de façon très importante – et c'est son mérite principal – à convaincre les juges des bienfaits de la médiation. Ce n'était pas une tâche aisée dès lors que les autorités politiques avaient clairement

indiqué qu'il n'était pas souhaitable que les juges jouent eux-mêmes le rôle de médiateurs. Cela avait refroidi les ardeurs.

2. Les procédures alternatives de solution des litiges en Belgique

Les cours et tribunaux assument l'essentiel de la solution des litiges. Les cours et tribunaux rendent plus ou moins 900 000 décisions par an (sur le plan civil, pénal commercial et fiscal) pour une population de 11 000 000 d'habitants. Ce taux de litige important s'explique. Les procédures judiciaires ne sont guère coûteuses comparées aux autres États de l'Union européenne. L'appel et l'opposition ne sont quasi pas limités. Les tribunaux sont très nombreux et disséminés sur tout le pays. Les délais sont peu importants à quelques exceptions près. Le pouvoir judiciaire est honnête et raisonnablement compétent.

Les alternatives à la justice d'État ne sont guère attrayantes. L'arbitrage, malgré une réforme récente, reste lent, coûteux et formaliste. Le nombre d'arbitrages en Belgique est faible. Il n'existe pas de chiffres précis toutefois pour étayer cette affirmation. L'arbitrage institutionnel prend une importance accrue comme dans d'autres pays, dont la législation est inspirée par les mêmes traités. L'arbitrage n'est en règle pas considéré comme une solution « alternative » sauf quand il est combiné avec une médiation.

La médiation liée à un processus judiciaire (les renvois par le juge à un médiateur) reste rare. Selon les règles du Code judiciaire de 1967, il ne rentre pas dans les devoirs du juge de concilier les parties, même si cette possibilité lui est offerte. Il n'y a pas de principe général de droit¹⁹ indiquant que le juge DOIT tenter de concilier les parties avant de juger leur litige. Le rôle du juge est encore, comme au XIX^e siècle, de rendre une décision judiciaire sur la base des règles abstraites énoncées par le parlement ou le pouvoir exécutif. Le rôle le plus visible des juges est de créer des précédents et de donner des interprétations astucieuses et rationnelles aux milliers de lois²⁰ existantes. Il n'est dès lors pas surprenant que les cours et tribunaux renvoient rarement un litige vers un médiateur. Ce n'est qu'en matière familiale que les médiations seront très fréquentes et d'ailleurs suggérées par le juge. Dans les litiges de ce type, les parties n'apprécient guère de se voir déposséder par le juge étatique de leur pouvoir de décision.

Les renvois à la médiation se heurtent à quelques obstacles. Très souvent, les juges manquent de temps pour renvoyer à la médiation. Dans des matières simples tels les non-paiements de factures, les saisies ou encore dans des matières où la médiation ne peut quasi par définition pas avoir

¹⁹ Un principe général de droit est un principe formalisé par un arrêt de la Cour de cassation qui a une portée pareille à celle d'une disposition législative.

²⁰ Loi au sens matériel : il peut aussi s'agir d'arrêtés royaux ou gouvernementaux.

d'effet utile (la recherche d'une solution de principe, les aspects principaux des procédures collectives), il serait une perte de temps d'envisager la médiation.

La médiation conventionnelle (dans le sens de médiation extrajudiciaire) est plus usuelle. L'homologation par le juge est exceptionnelle et donc nous manquons de statistiques fiables. Une tentative récente a malgré tout été faite par le « Brussels mediation centre » de quantifier le nombre de médiations en Belgique.

	Civil et commercial	Famille	Social	Autres
2010	3 117	1 166	477	192
2011	3 228	1 328	494	199
2012 (6 mois)	2 171	812	332	134

Un rapport au Parlement européen rédigé par le professeur di Palo (« *Rebooting the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU* », Eur. Parl. PE 493.042) suggère que le nombre de médiations en Belgique se situerait entre 2 000 et 5 000. Ces chiffres sont certainement en dessous de la réalité mais reflètent malgré tout un progrès lent de la médiation classique.

La médiation en matière pénale a connu récemment un certain regain d'intérêt. Il y a néanmoins de sérieux obstacles. Les classements sans suite et sans formalités significatives sont une alternative attrayante. Une citation en justice – dans un processus largement automatisé – prend moins de temps qu'une médiation complexe impliquant les victimes. Les transactions pénales rapportent au Trésor et évitent des longueurs et les aléas d'une procédure parsemée d'embûches de type procédural.

Les conciliations judiciaires devant le juge et particulièrement le juge de paix, qui ne sont pas des médiations au sens propre ou usuel, constituent une solution souvent tout à fait appropriée. Rendre une tentative de conciliation préalable **obligatoire**, comme c'est le cas en matière de litiges de travail, est dans une écrasante majorité des cas totalement inefficace et coûteux.

Enfin le Code de droit économique entré en vigueur en 2014 permet une forme de solution de litige appelée de façon trompeuse « médiation » qui incite vigoureusement à introduire une phase de négociation supervisée par un ombudsman, dans tout litige impliquant des consommateurs.

3. Le marché pousse-t-il à la médiation ? Est-ce que les parties optent pour la solution qui leur convient ?

La main invisible ne pousse pas à la médiation. Beaucoup d'auteurs – dont des membres de Gemme – ont consacré des réflexions profondes aux avantages de la médiation par rapport aux procédures judiciaires. Il est de bon ton de dire que la médiation est en général plus rapide, économique et efficace (surtout sur le long terme) que les procédures judiciaires. La suite logique serait de dire qu'un citoyen rationnel opterait, poussé par la main invisible, pour la médiation.

Mais les lois du marché jouent et contrairement aux attentes, les citoyens optent encore massivement pour les procédures judiciaires et n'optent ni pour l'arbitrage (si ce n'est dans certains types très particuliers de litiges) ni pour la médiation. Sont-ils pour autant irrationnels ?

Ce n'est que récemment que l'allergie à l'égard du système judiciaire, perceptible dans la plupart des États européens, a commencé à éroder la prééminence du système judiciaire. Le caractère parfois insatisfaisant d'une négociation ratée suivie d'une procédure judiciaire apparaît lentement à la communauté des affaires et aux juristes d'entreprise. Dans le secteur de la construction (dans le B2B), cette évolution était déjà marquée. Elle gagne les autres segments de l'économie.

Il serait néanmoins erroné de prétendre que la loi du marché va prévaloir à l'avenir et que par conséquent, la médiation partira à la conquête des âmes et des pensées. Les parties en litige n'ont pas toujours l'efficacité du procès comme premier objectif. « Punir » l'adversaire peut être attrayant, ou encore obtenir la valeur d'un précédent peut être un autre objectif. Les parties peuvent aussi avoir une confiance aveugle dans l'autorité formelle du juge. Enfin, il ne faut pas sous-estimer la possibilité que les parties puissent avoir un comportement irrationnel, même dans une économie de marché, et que le coût ou l'efficacité d'une procédure n'aient pas d'impact sur la décision prise de préférer une procédure judiciaire.

4. Favor mediationis ? Les incitants à la médiation

Le législateur belge a réglementé avec force détails les différentes formes de solution des litiges. Le Code judiciaire distingue le recours à la voie judiciaire, le renvoi à la médiation par le juge ou l'arbitre, la médiation conventionnelle (hors procès), les conciliations judiciaires et l'arbitrage. Cette énumération de solutions possibles dans le Code judiciaire donne l'impression trompeuse que le système belge est une forme du « multi-door » connue aux USA.

En fait, si le parlement a voulu réglementer la médiation, c'était simplement pour donner une alternative complémentaire au système judiciaire sans toutefois vouloir mettre le tout sur le même plan. La voie judiciaire reste, *de lege lata*, la voie royale de la solution des litiges et des conflits. La réglementation, quelles que soient ses lacunes, a malgré tout constitué un incitant vigoureux à la médiation.

La médiation conventionnelle, celle qui se constitue hors intervention du juge ou d'une procédure judiciaire, peut être un attrait certain dans le *business to business* (B2B). Si une clause de médiation est inscrite dans les contrats, la partie qui ferait directement appel à la voie judiciaire pourrait se voir apposer une exception dilatoire qui autorise le juge à ordonner la suspension des débats jusqu'à ce qu'une médiation ait été au moins entamée (le juge ne peut soulever l'exception d'office). La médiation entamée suspend la prescription et est équipollente à une mise en demeure, génératrice d'intérêts de retard.

En droit familial, le juge saisi de l'affaire est tenu par la loi d'informer les parties de ce qu'une médiation pourrait être envisagée et il peut même d'office suspendre la procédure pour permettre aux parties d'envisager une médiation (Code judiciaire, articles 1254, §4/1, 1255, §6 et 1280). Les articles de base au sujet de la médiation en général sont applicables en matière familiale. Les récentes (2014) chambres de la famille ont inclus une phase de conciliation-médiation importante dans le texte du Code civil et du Code judiciaire.

La **culture (juridique)** joue un grand rôle dans le développement de la médiation. Dans le cadre d'une justice démocratique et pas trop onéreuse, la tradition du XIX^e siècle se maintient mieux que dans un système de justice à deux vitesses où seuls les riches peuvent s'offrir une procédure. La médiation et l'arbitrage sont encore des formes de justice incertaines ou hors du temps pour l'essentiel des citoyens belges. Les citoyens de religion musulmane sont en général très hésitants par rapport à la plupart des types de médiation, parce que ces médiations semblent antagonistes à la solution religieuse des litiges.

En outre, les avocats ne sont pas tenus, en principe, déontologiquement, d'avertir leurs clients sur la possibilité de médiation. Ils peuvent se contenter d'évaluer le coût d'une procédure judiciaire. Il est prévisible que l'obligation déontologique d'informer les clients au sujet des solutions alternatives se répandra bientôt, ce qui incitera à la médiation. Le gouvernement en place actuellement a par ailleurs promis d'améliorer l'assistance judiciaire à la médiation.

5. La médiation obligatoire – le juge comme facilitateur de solutions alternatives

L'accès aux cours et aux tribunaux est libre (en Belgique). Le droit d'appel est à peine restreint pour quelques rares types de contentieux et même la Cour de cassation ne peut opposer que de faibles mesures de tri pour endiguer les recours.

Le **recours préalable à une tentative de médiation** n'a pas été retenu. L'expérience ancienne des conciliations préalables plaide contre le fait d'imposer une tentative de médiation. Une telle obligation aurait pu heurter ceux qui estiment que le caractère libre de la médiation lui donne toute sa saveur et identité. Sans doute si les parties se sont engagées par leur contrat de respecter l'obligation de tenter une médiation avant d'introduire un recours en justice implique-t-elle une obligation d'y avoir recours, mais cette contrainte résulte de la libre volonté des parties.

Le juge peut inciter les parties à la médiation – il est même tenu dans certaines circonstances d'informer les parties à cet égard. Il peut même d'initiative ou à la demande conjointe des parties décider que les parties doivent tenter une médiation, et ce, à tout moment de la procédure et par une simple ordonnance. Il ne renverra pas la cause à un autre magistrat, mais désignera un médiateur accrédité par la Commission fédérale de médiation. La procédure sera suspendue pendant la durée de la médiation et le médiateur fera rapport au juge quant au résultat de la médiation si celle-ci a échoué ou se prolonge au-delà du délai accordé par le juge.

Le juge a en outre d'autres outils à sa disposition. Il peut désigner un expert chargé de dégager des faits – sans entrer dans le domaine juridique – mais aussi de tenter de concilier les parties. C'est devenu de la routine dans les tribunaux en matière de dommages corporels, de construction, de brevets, etc.

Le juge veillera bien sûr à ne pas priver les citoyens de leur droit à être entendu par un juge proprement dit. Même les médiateurs agissent en quelque sorte sous l'œil vigilant d'un juge qui pourra homologuer les accords et les examinera à l'aune de l'ordre public et d'ailleurs les parties doivent rester libres de mettre fin à une médiation comme ils l'entendent.

Un débat s'est instauré dans la plupart des États qui pratiquent la médiation concernant la sanction qui est acceptable au regard de la convention européenne des droits de l'homme, notamment à l'égard de ceux qui refusent de s'engager sans raison valable dans une médiation. La situation des pays n'est pas pareille. Si on comprend facilement pourquoi le refus de s'engager dans une tentative de médiation peut être l'objet de sanctions dans un État où le coût des procédures judiciaires est prohibitif

pour les parties ou la collectivité, il en va autrement pour la Belgique où le coût tant de l'avocat que de la procédure proprement dite est modéré. Il faudra que le juge prenne une décision tenant compte des droits et intérêts en présence (y compris l'intérêt général). De façon un peu sommaire, en droit belge, ce ne sera que l'abus manifeste du droit de la défense qui pourra être sanctionné par une condamnation aux dépens.

6. Quelques aspects du droit positif de la médiation qui ont un impact sur l'adhésion à la médiation

Tout type de différend susceptible d'être réglé par la transaction peut faire l'objet d'une médiation de même que des différends d'ordre familial qui en principe ne peuvent faire l'objet de transactions. Le champ d'application de la loi est donc très large et ne constitue pas un frein en tant que tel au déploiement de la transaction. Une petite et regrettable exception au champ d'application de la réglementation concerne la médiation par les personnes morales de droit public : elles ne peuvent entrer dans un processus de médiation que par la grâce d'un arrêté royal délibéré en conseil de ministres. Cette limitation frileuse ne se retrouve pas dans d'autres législations.

Quelques dispositions facilitent encore la médiation, notamment celle qui permet au juge ou à l'arbitre de suspendre la procédure si une partie le demande dans un différend faisant l'objet d'une clause de médiation. La même attitude favorable à la médiation se retrouve dans la disposition permettant des demandes de mesures provisoires ou conservatoires : elles ne portent pas renonciation à la médiation.

Une autre disposition est à inclure dans les mesures favorables à la médiation : les médiateurs doivent faire l'objet d'une accréditation par un organisme fédéral d'accréditation. Cela évite la pléthore de médiateurs. À l'heure actuelle, près de 1 300 médiateurs ont été agréés.

Enfin, caractéristique majeure du droit belge, la confidentialité est garantie par la loi, dans une mesure beaucoup plus large que dans la plupart des États européens. Les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation et pour les besoins de celle-ci, sont confidentiels. Ils ne peuvent être utilisés dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre les conflits et ne sont pas admissibles comme preuve. En cas de violation de cette obligation par une des parties, le juge ou l'arbitre se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts et les documents confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de secret sont d'office écartés des débats. Cette protection

s'ajoute à celle, conventionnelle, qui pourrait être convenue par le protocole de médiation.

Les autres dispositions de la loi ne s'écartent pas de ce qui se retrouve dans les autres législations européennes et ne sont pas reprises dans cet exposé.

7. La transposition de la directive européenne – quelques traits spécifiques qui dérogent

Le gouvernement belge n'a pas estimé devoir adapter sa législation à la directive européenne en partant du point de vue que la loi répondait parfaitement aux exigences de la directive. La Commission a approuvé ce point de vue.

Il y a néanmoins quelques aspects particuliers qui ne violent pas la directive mais qui s'écartent quelque peu du schéma de pensée de la directive, qui, il est vrai, est restée assez vague sur plusieurs points et laisse aux États membres de larges choix.

Les dispositions sont les suivantes, les unes étant plus heureuses que les autres :

- La limitation de la médiation à l'égard des entités publiques déjà mentionnée ci-dessus.
- L'accréditation de médiateurs par un organisme officiel, la commission fédérale de médiation (et donc l'énoncé d'exigences précises quant à la formation préalable) ; le défaut d'accréditation ne permet pas l'homologation d'accords conclus sous la houlette du médiateur (sauf exception).
- L'absence de dispositions concernant la reconnaissance de médiateurs ayant été accrédités dans un autre État de l'Union européenne.
- La possibilité pour le juge de suspendre – à la seule initiative d'une partie – les affaires introduites sans le respect d'une clause contractuelle imposant une tentative de médiation.
- La confidentialité qui s'impose en vertu de la loi elle-même tant au médiateur qu'aux parties elles-mêmes.
- L'octroi de l'assistance judiciaire pour la médiation (encore insuffisant à l'heure actuelle).
- Les effets juridiques d'une médiation conventionnelle (extrajudiciaire) : la suspension de la prescription, l'effet d'une sommation.
- L'énoncé plus précis que celui fait par la directive des clauses devant être convenues dans le protocole de médiation.
- La possibilité de l'homologation par un juge, qui donne un effet équipollent à celui d'un jugement ; le juge ne peut refuser

d'homologuer que dans d'étroites limites excluant toute appréciation discrétionnaire (l'ordre public ou l'intérêt des enfants).

- Le renvoi à la médiation par le juge peut se faire à tout stade de la procédure (sauf en cassation).
- Les juges professionnels ne peuvent exercer les fonctions de médiateurs.
- La médiation reste un processus intégralement volontaire : la liberté d'y accéder reste garantie et l'abus de cette liberté ne peut être sanctionné que de façon très limitée.
- L'applicabilité des règles tant à la médiation interne qu'à celle impliquant un effet transnational.

8. La responsabilité du médiateur

La responsabilité du médiateur est une responsabilité de type contractuel, même s'il a été désigné par le juge. Ceci implique que, quel que soit le protocole signé, il sera tenu aux exigences professionnelles auxquelles sera astreint un médiateur agissant avec prudence et compétence. S'il est en plus un juriste, il encourra une responsabilité particulière s'il rédige un accord des parties qui ne pourrait être homologué du fait qu'il heurte l'ordre public de l'État dans lequel il doit être homologué. Sa qualité de juriste pourrait aussi impliquer sa responsabilité s'il ne rédige pas l'accord ou ne supervise pas la rédaction de l'accord conclu entre les parties, si cela est usuel ou s'impose dans le cas de l'espèce. En matière familiale, la situation s'écartera souvent de ce schéma.

Un autre aspect délicat de la responsabilité du médiateur est celui résultant d'une médiation où les parties sont de force très inégale (par exemple, une partie est assistée par un avocat très compétent, l'autre partie comparait en personne). Le médiateur doit-il s'assurer que les échanges entre parties et l'accord qui se dessine respectent les exigences fondamentales d'équité ? Doit-il faire pencher les plateaux de la balance pour rétablir l'équité, comme le ferait un juge ? La question est ouverte.

Le problème n'est pas théorique. Souvent aussi un tiers absent peut être lésé. Notamment l'État lorsque les accords prévoient des paiements qui seront soustraits à la vigilance du fisc. Le médiateur pourrait-il être dans un tel cas poursuivi sur base d'une responsabilité quasi délictuelle ? La question est ouverte en droit belge.

Les cas de mise en cause en général de médiateurs pour faute professionnelle sont rares. La prime d'assurance pour faute professionnelle est donc logiquement très faible (environ 130 € par an).

9. L'homologation de l'accord

Il est rare que les parties demandent que l'accord résultant d'une médiation soit homologué, même si par eux-mêmes, ces accords n'ont pas de force exécutoire. Lorsqu'une demande d'homologation est faite, elle est en règle accordée de façon expéditive.

L'ordre public qui pourrait empêcher une homologation ne constitue en réalité pas un obstacle significatif. La Cour de cassation a depuis plusieurs années tenté de restreindre la notion en ce qui concerne le noyau dur de la vie en société. De façon marginale, le principe général de droit « *fraus omnia corrumpit* » pourrait également faire obstacle à l'homologation.

Répétons que les règles de droit belge s'appliquent tant à la médiation interne qu'à la médiation externe.

10. De nouvelles dispositions législatives

L'année 2014 a amené un lot de nouveautés en droit belge dont certaines ont touché au domaine de la médiation.

Un Code de droit économique a vu le jour et est entré en vigueur dans sa quasi-totalité en 2014. Le Livre XVI de ce Code organise un système complet permettant pour tout différend de consommation (au sens le plus large) de faire appel à un système de médiation (par la voie orale, électronique ou papier). Le consommateur pourra faire appel gratuitement à un service d'ombudsman mis en place soit par les secteurs (sous la supervision de l'État), soit par l'État lui-même. Il ne s'agit certes pas d'une médiation proprement dite mais elle en a certains traits.

Le même Code introduit les « class actions » en Belgique. Avant que l'action ne soit introduite devant le tribunal compétent, le représentant des intéressés est tenu de passer par une phase de négociation comprenant également la possibilité d'une médiation.

Enfin les nouveaux tribunaux de la famille sont devenus opérationnels le 1^{er} septembre 2014. Le système est basé en large mesure sur des chambres de conciliation qui doivent faciliter les solutions durables et humaines entre parties.

Toutes ces innovations se situent peut-être à quelque distance de la médiation traditionnelle telle qu'envisagée par la directive ou la littérature classique consacrée à la médiation. Cette évolution se déroule aussi à quelque distance du pouvoir judiciaire. Tant que l'évolution tend à rendre aux parties la maîtrise de leurs différends et que l'intérêt général et la justice s'y retrouvent, les magistrats belges ne s'en plaindront pas...

Bulgarie

État actuel de la réglementation et de la pratique de la médiation au sein de la République de Bulgarie

Par le Professeur Dr Sylvie Chernev

Président du tribunal arbitral de la Chambre de commerce et d'industrie
bulgare²¹

Résumé

Ce texte concerne la réglementation juridique et la pratique de la médiation au sein de la République de Bulgarie à partir de 2014 – près de dix ans après l'adoption de ce que l'on a appelé « l'Acte de Médiation » (AM) et trois ans après l'introduction de la directive 2008/52/EU (« la directive »), à la suite d'une modification de l'AM. Sur la base des données disponibles, et indépendamment du grand nombre d'institutions qui ont déclaré pratiquer la médiation, le nombre de médiations est assez faible. Une analyse plus approfondie de la réglementation juridique permet de conclure qu'avec d'autres facteurs, la faible qualité de la réglementation juridique représente un facteur dissuasif majeur de l'utilisation de la médiation et des autres modes amiables de résolution des conflits en Bulgarie. Malheureusement, les conclusions ci-dessus restent valables, même après l'adoption de la dernière version de la loi sur la médiation, qui prétend avoir satisfait aux exigences de la directive²².

²¹ L'auteur est professeur de procédure civile et de règlement alternatif des litiges à l'Université libre de Bourgas et de Plovdiv « Paisii Hilendarski », en Bulgarie.

²² Ce texte a vocation à donner une information générale sur la médiation en Bulgarie et c'est la raison pour laquelle l'auteur s'abstiendra d'analyser la directive (2008/52/EU). Ce qui ne signifie pas pour autant que l'auteur considère la directive comme offrant une base idéale pour le développement de la médiation et autres ADR.

I. LA RÉGLEMENTATION JURIDIQUE DE LA MÉDIATION ET DES AUTRES ADR EN BULGARIE

1. La mise en place de la loi sur les résolutions amiables des conflits (ADR) en Bulgarie et de la réglementation juridique sur la médiation

1.1 Au début des années 1990, après un brusque changement politique et du paradigme des relations économiques, un large débat sur une réforme du système judiciaire au sein de la République de Bulgarie a eu lieu. Au cours des discussions, l'idée de recourir aux ADR a été lancée²³.

1.2 Plus tard, à la suite d'efforts conduits par des organisations non gouvernementales, différents événements relatifs aux ADR ont été organisés. L'enjeu principal était de savoir s'il était nécessaire d'adopter une réglementation juridique spécifique pour les ADR. La plupart des événements ont donné lieu à de nombreuses discussions qui ont été encouragées et aidées par différents programmes USAID²⁴.

1.3 À l'aube de ce nouveau millénaire, il est devenu évident qu'une loi spécifique devait être adoptée²⁵.

1.4 La première version de « l'Acte de Médiation » a été formellement adoptée par l'Assemblée nationale et publiée dans la *Gazette Officielle* n° 110 de décembre 17, 2004.

Par la suite, l'AM a été amendé en 2006 (*Gazette Officielle* n° 86 d'oct. 24, 2006) et en 2011 (*Gazette Officielle* n° 9 de janv. 28 et n° 27 d'avril 1, 2011).

1.5 La version initiale reflète les idées du législateur bulgare à propos de la médiation. La seconde version (de 2006, en vigueur le 1^{er} janvier 2007) concerne essentiellement le processus d'adhésion de la Bulgarie à l'UE et s'est concentrée sur les exigences des personnes et des organisations qui souhaitaient pratiquer la médiation. Le second amendement (troisième version de l'AM) d'avril 2011 a été adopté pour satisfaire les exigences de la directive 2008/52/EU.

1.6 Les caractéristiques de base des deux premières versions de l'AM (décembre 2004 et 2006).

1.6.1 Bien que la version finale, la loi ait été améliorée, on était toujours loin d'une bonne loi sur les ADR. Le texte contenait des insuffisances

²³ Voir Chernev, S. "Factors Influencing the Legal Reform in Post-Totalitarian Bulgaria" (publié à la collection "Law in a Fast Changing Society"), St. Kliment Ohridski University Press, Sofia, 1994.

²⁴ Grâce au « Central and Eastern European Law Initiative » (« CEELI ») et quelques autres.

²⁵ La plupart, à la suite du programme USAID pour la réforme sur le Code du commerce en Bulgarie.

majeures dont certaines ont évidemment contribué à dissuader la mise en œuvre de véritables médiations.

Pour des raisons inexplicables, et malgré les critiques justifiées précédant l'adoption de la loi, le législateur a opté pour une loi seulement axée sur la médiation (au sens strict du concept), excluant les autres formes d'ADR. Dans le cadre du système judiciaire bulgare et de la tendance des tribunaux à interpréter strictement et littéralement les textes légaux, nous ne devons pas être surpris que certaines décisions déclarent la « conciliation » ou autres ADR comme des outils illégaux. Dans tous les cas, et par suite de la primauté donnée à la médiation par l'AM, les autres formes d'ADR peinent à se développer, alors même que certaines avaient pratiquement commencé à s'implanter²⁶.

1.6.2 De plus, la question concernant l'utilisation de l'information et de la preuve dans les procédures ou d'arbitrage qui pourraient survenir en cas d'échec de la médiation, n'a été réglée de manière satisfaisante par aucune des deux versions de l'AM. La confidentialité est considérée comme une obligation générale qui s'impose à *tous les participants* (l'italique signifie une intervention de l'auteur). En cas d'échec de la médiation, aucune disposition n'a été prise sur la possibilité de convoquer le médiateur pour témoigner de ce qui a été dit lors du processus de médiation.

Dans une certaine mesure, cette difficulté a été surmontée par l'adoption d'un nouveau Code de procédure civile (en vigueur à partir du 1^{er} mars 2008). Une disposition spéciale (art. 166, paragraphe 1, sous-section 1) a été introduite au sein de cette loi pour donner au médiateur qui avait mené la médiation le droit de refuser de témoigner devant un tribunal étatique sur cette affaire. Cela n'est, néanmoins, toujours pas une solution satisfaisante. La possibilité pour un médiateur de témoigner devant les cours ou tribunaux d'arbitrage ne devrait pas dépendre de son jugement personnel. Les médiateurs ne devraient, en aucun cas, pouvoir témoigner de ce qui s'est dit devant eux et révéler des informations recueillies en médiation, hormis le cas où les deux parties y ont expressément consenti pendant la médiation. Ceci est de la plus haute importance dans une institution judiciaire où la violation de la procédure paraît être un phénomène courant : la médiation peut aisément être compromise si le médiateur agit en faveur d'une des parties.

La loi ne prévoit pas non plus ce qu'il advient des propositions faites par les parties au cours du processus de médiation, en cas de non-accord, et si elles peuvent être utilisées comme éléments de preuve dans d'autres procédures judiciaires.

²⁶ Malgré cela, et parallèlement à son activité de médiation (un centre de médiation a débuté en tant que part de la structure du CA à la BCCI, en 2005) le CA de la BCCI a préservé les règles relatives à la conciliation de 1999 et a eu quelques cas de réussites de conciliations, particulièrement avant l'adoption de l'AM en 2004.

1.6.3 Ni dans sa version initiale, ni dans sa seconde version, l'AM ne contenait de dispositions relatives aux effets de la prescription ou à la limitation de durée d'une médiation dans le cadre d'une instance pendante.

1.6.4 Une autre imperfection avait trait aux effets de l'accord conclu par les parties à la suite d'une médiation réussie²⁷. Un accord trouvé en médiation n'a jamais été reconnu par l'AM bulgare comme étant directement applicable. Dans le cas où l'une des parties, après avoir signé l'accord, se soustrayait à ses obligations, l'autre partie devait recourir à la juridiction d'État suivant la procédure générale. L'alternative pour obtenir un accord exécutoire était de tenter d'avoir un acte notarié. L'impossibilité d'obtenir aisément un titre exécutoire permet de comprendre pourquoi les deux versions de l'AM ont été abrogées. Le nouveau Code de procédure civile permet à une des parties à l'accord d'obtenir un titre exécutoire directement à l'issue du processus, sans avoir besoin de recourir à de longues et fastidieuses procédures²⁸.

1.6.5 Il paraît évident que l'une des raisons pour lesquelles la médiation en Bulgarie, entre 2004-2011, n'a pas donné de résultats significatifs, réside dans le fait qu'aucune des deux versions de la loi n'était satisfaisante. Les dispositions légales appropriées à la mise en œuvre pratique de la médiation n'étaient pas traitées ou étaient insuffisamment abordées, tandis que certains détails sans importance étaient très réglementés.

2. La version actuelle de l'AM en Bulgarie

2.1 La réglementation générale sur les ADR est contenue dans l'AM. Le nouveau Code de procédure civile (en vigueur depuis mars 2008) reconnaît que des processus d'ADR autres que la médiation existent²⁹, sans pourtant les définir.

La médiation est mentionnée dans certains autres textes juridiques : le Code de la famille (art. 123, paragraphe 2), la loi sur les droits d'auteurs et autres droits connexes (art. 40 g), la loi sur la protection des consommateurs (art. 182 et suivants), la loi sur les services et systèmes financiers (art. 128) et le travail collectif et la loi sur le règlement des conflits collectifs de travail.

L'actuelle de l'AM (troisième version publiée en avril 2011) répondait à la transcription de la directive dans la législation bulgare.

À la suite de l'adoption de la loi sur la médiation et des deux amendements votés ces dix dernières années (étant observé que le second amendement a été influencé par la directive qui demandait aux États de

²⁷ La situation après l'adoption de l'amendement de 2011 (prétendant avoir introduit les exigences de la directive), reste insatisfaisante – voir plus loin, 2.4.6.

²⁸ Dans certains cas, sans raison suffisante.

²⁹ En les mentionnant seulement.

prendre des mesures pour rendre l'accord exécutoire), on peut dire qu'aujourd'hui l'AM bulgare est acceptable³⁰.

Une analyse plus profonde de la réglementation et des résultats pratiques montrera s'ils répondent aux buts et objectifs de la directive.

2.2 D'une manière générale, les principales prescriptions de la directive ont été abordées et la rédaction finale de l'AM bulgare est conforme au texte de la directive.

2.2.1 La portée de la médiation donnée par l'article 1, paragraphe 2 de la directive a été couverte. Elle est plus étendue dans la loi bulgare (voir ci-après 2.3.3) ;

2.2.2 L'AM bulgare s'applique expressément à la médiation transfrontalière (paragraphe 1 des dispositions complémentaires)³¹.

Par ailleurs, certains textes concernent les étrangers exerçant les fonctions de médiateur en Bulgarie³².

L'article 8 dispose que le médiateur qui n'est pas citoyen de l'UE ou de l'AELE doit avoir une autorisation de séjour ou de résidence permanente et être enregistrées sur le registre spécial du ministère de la Justice.

2.2.3 Une part importante de la réglementation est relative à la qualité de la médiation (art. 4 de la directive).

Un système très formalisé d'obligations à remplir par les personnes et organisations, et notamment leur formation, est établi par l'AM. Dans tous les cas, une personne ou une organisation doit s'enregistrer auprès du ministère de la Justice (un chapitre complet de la loi – n° 3 énumère les obligations formelles et autres). Il y a des exigences spécifiques pour les organismes qui organisent des formations de médiateurs (formation de médiateurs, d'enseignants, etc.)³³.

2.2.4 Une disposition spécifique (art. 11, paragraphe 3) permet à une Cour de Justice ou tout autre organe juridictionnel de diriger les parties en conflit vers une médiation. Le nouveau Code de procédure civile, dans un certain nombre de cas, donne le droit au tribunal de renvoyer les parties en médiation³⁴.

Le texte juridique actuel ne prévoit pas de médiation obligatoire au sens de l'art. 5, paragraphe 2 de la directive.

2.2.5 Au niveau formel, les exigences de l'article 6 de la directive ont également été respectées. Un accord écrit résultant de la médiation peut être

³⁰ Acceptable est différent d'adéquat.

³¹ En effet, la disposition ci-dessus est une traduction littérale de l'art. 2 de la directive.

³² Certaines notes critiques sont apportées dans une section spéciale.

³³ Mon expérience tirée des exigences minimales de formation au cours de nombreuses années m'a appris que les exigences trop formalistes offraient très rarement les résultats attendus et étaient souvent un obstacle aux préférences et approches individuelles.

³⁴ Un certain nombre de tribunaux ont signé des accords avec des centres de médiation pour répondre, dans certains cas, à l'obligation de recourir à la médiation.

rendu exécutoire devant un tribunal ou devant un notaire public, par acte notarié³⁵.

2.2.6 Les questions relatives à la confidentialité ont également été traitées conformément à la directive.

2.2.7 Les problèmes de prescription et de limitation ont été finalement examinés au sein de la troisième version de l'AM, en son article 11a (de 2011). Il est prévu que les délais de prescription sont suspendus durant les procédures de médiation.

2.2.8 L'État bulgare a dépensé beaucoup d'effort pour promouvoir la médiation, de plusieurs façons. Les efforts significatifs ont été faits en direction des organisations professionnelles et autres ONG.

Notre conclusion est que la société bulgare et les entreprises sont conscientes des aspects positifs de la médiation.

2.3. La partie suivante de ce document sera axée sur l'analyse critique de certaines propositions qui ont été présentées par l'AM bulgare. Elles n'ont pas toujours eu de bons résultats.

2.3.1 Langage et technique législatifs

Avant toute chose, nous devons noter qu'un certain nombre de dispositions de l'AM (même au sein de la troisième version) ont très souvent été rassemblées en un manuel décrivant des situations totalement inutiles ou incompréhensibles. Le problème ressort non seulement du langage utilisé, mais aussi de la pauvreté de la culture législative. Ce qui a été dit est caractéristique de presque tout le texte juridique.

La réglementation légale contient des détails qui ne sont pas nécessaires ou impose des formalités inutiles dans chaque procédure structurée de médiation. Par exemple, l'article 12 dispose que les parties à la médiation peuvent être représentées par les avocats ou autres experts (*sic*) et introduit une procuration par écrit. L'article 13 tente de décrire les étapes basiques de la procédure. Or, l'essence de la médiation est d'être un processus essentiellement informel, pour régler des conflits relationnels où le principe de l'autonomie de la volonté des parties est un facteur dominant. La réglementation doit être limitée à ce qui est absolument nécessaire.

2.3.2 Le concept de la médiation sous l'angle de l'AM

L'article 3 (a) de la directive définit la médiation comme « un processus structuré, *quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé*, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. » Cette définition assez large d'un « processus structuré »³⁶ entre dans le champ d'application d'un certain nombre d'autres ADR³⁷.

³⁵ Cet aspect de la mise en œuvre de la directive sera analysé et critiqué plus loin.

³⁶ Comparer les ADR des règles de la CCI dont l'art. 5 édicte : « 1. Le tiers et les parties doivent rapidement chercher à parvenir à un accord sur le mode de règlement à utiliser, et discuter de la procédure de règlement extrajudiciaire spécifique à suivre. Et 2. En l'absence

Prenant la démarche inverse, l'AM bulgare traite de la médiation au sens strict. Cette interprétation peut être déduite des textes de l'article 1 et 2, et au travers du texte de l'article 6, paragraphe 1 et l'article 10, paragraphe 1³⁸. Il ne fait aucun doute, en particulier au regard des deux dernières dispositions citées, que l'AM bulgare ne concerne pas les autres ADR. Cela reste le cas même après la transposition de la directive.

En fait, cette approche a permis d'éviter la propagation et l'utilisation d'autres ADR. La réglementation juridique a également insisté sur la formation en matière de médiation. Les stagiaires se voient uniquement enseigner la médiation au sens strict³⁹. À un certain moment, on pourrait avoir l'impression que le médiateur ne peut même pas appliquer d'autres méthodes d'ADR (notamment à la suite du texte de l'article 6, paragraphe 1, et 10, paragraphe 1).

Les autres éléments de la définition de médiation donnés dans la directive ne sont pas repris dans l'AM. La loi bulgare définit expressément la médiation comme une procédure structurée⁴⁰ visant à la résolution amiable d'un conflit juridique (et même non juridique) avec l'aide d'une tierce personne neutre. Cela découle directement du texte des articles 1 et 2 de la loi.

Il convient de noter que l'article 4, alinéa 2 interdit aux personnes exerçant des fonctions judiciaires d'exercer en tant que médiateurs⁴¹. Cette disposition a été adoptée avec la version initiale de l'AM pour prévenir une pratique très répandue dans les pays voisins selon laquelle les juges pourraient exercer en tant que médiateurs et mener de véritables médiations⁴².

d'un accord des parties sur le mode de règlement à utiliser, la médiation doit être utilisée ».

³⁷ Voir aussi la loi type sur la conciliation commerciale (2002), dont l'art. 1 (3) énonce : « ... "la conciliation" désigne un processus qu'il soit appelé : conciliation, médiation ou nom équivalent... »

³⁸ Le texte de l'article 1, dispose : « Cette loi régit les relations associées à la médiation comme méthode alternative de résolution des conflits juridiques ou non juridiques » tandis que l'article 2 définit la médiation comme une procédure amiable, volontaire et confidentielle de résolution des litiges, au sein de laquelle une tierce personne, le médiateur, aide les protagonistes à chercher une solution. Le texte de l'art. 6 paragraphe 1 expose que « un médiateur ne doit pas afficher de partialité et ne doit pas imposer de solution au conflit ». L'article 10, paragraphe 1 « Un médiateur ne doit pas donner de conseils juridiques ».

³⁹ L'idée qu'un médiateur puisse donner des conseils aux parties est généralement perçue comme une hérésie par un certain nombre de « formateurs formés » à la médiation en Bulgarie – voir la page Web de la Fondation « Partenaires – Bulgarie ».

⁴⁰ Il y a toute une section de la loi dite « procédure » – Chapitre 4 de l'AM.

⁴¹ Art. 4, phrase 2 : « Les personnes exerçant des fonctions d'administration de la justice dans le système judiciaire ne peuvent procéder à des activités de médiation ».

⁴² La Slovénie, la Bosnie-Herzégovine et d'autres pays de l'ex-Yougoslavie, en 2002-2003.

2.3.3. Le champ d'application de la médiation

L'art. 1 (2) de la directive limite le champ de son application aux litiges transfrontaliers, aux matières civiles et commerciales, sauf en ce qui concerne les droits qui ne relèvent pas de la libre disposition des parties en vertu de la loi applicable. Il exclut expressément de son champ d'application « les matières fiscales, douanières ou administratives, la responsabilité de l'État... »

Chaque État membre doit transcrire dans son droit national les prescriptions des directives européennes, ce qui ne l'empêche pas d'aller au-delà de la portée et des objectifs d'une directive. Tel est le cas avec la directive sur la médiation et la législation bulgare.

La loi bulgare va au-delà du champ d'application de la directive et inclut « des questions de droit administratif concernant les droits des usagers » (art. 3, paragraphe 1) et même « des cas prévus par le Code de procédure pénale » (art. 3, paragraphe 2).

Il en est ainsi des litiges administratifs concernant la violation des droits des consommateurs.

Après l'adoption de l'AM, un autre acte juridique important a été adopté : le Code de procédure administrative (*Journal officiel*, n° 30, avril 11/2006, en vigueur à compter du 12.07.2006).

Ce code introduit un texte spécifique sur la possibilité de parvenir à un accord en matière de droit administratif en général (art. 20, intitulé « Accord »). L'article 20, paragraphe 2 prévoit qu'un accord pourrait être trouvé dans une procédure administrative entre un organisme administratif et/ou entre les parties dans un différend privé. Cette disposition a fait l'objet de critiques sur de nombreux aspects. Certains auteurs considèrent qu'il s'agit d'une convention de droit privé et non pas réellement d'un accord survenu dans un litige administratif⁴³.

L'AM n'a pas été modifié en conséquence après l'adoption du Code de procédure administrative, ce qui pose la question suivante : si l'on accepte un accord dans le cadre de procédures administratives (en vertu de l'article 20 du Code de procédure administrative) la médiation serait-elle possible dans des cas non liés à la protection des consommateurs ? La réponse devrait être affirmative, mais le simple fait que l'AM ait tenté de limiter le champ de la médiation à un type de litiges administratifs, sans que personne n'ait pris soin de modifier cette disposition, peut s'avérer problématique⁴⁴.

La médiation pénale n'est également pas une médiation entre l'accusé et le procureur (c'est la « négociation de plaidoirie » qui est recevable). Ce qui

⁴³ Voir Хорозов, Г. Предпоставки за сключване на споразумения пред администрацията от търговци, *Legal Magazine* “Търговско и конкурентно право”, 2009, N° 1, p. 21.

⁴⁴ Pour l'application universelle de la médiation entre les autorités administratives et les personnes privées – voir – Манев, М. Медиацията и гражданският процес, София, изд. Флорип, 2004 г., p. 101 et suivantes.

est perçu comme la médiation dans une procédure pénale est en fait une médiation entre l'auteur d'un crime et la victime de ce crime⁴⁵.

Dans les deux cas – en droit administratif et pénal – un accord serait applicable dans un litige individuel dans le cadre d'une procédure administrative ou pénale⁴⁶.

2.3.4. Conditions requises pour être médiateur et pour les centres de médiation

La réglementation concernant les conditions requises pour devenir médiateur et pratiquer la médiation est très formelle. La directive exige que les États membres assurent la qualité de la médiation (art. 4). Comme d'habitude l'approche bulgare se caractérise par l'introduction d'un grand nombre de conditions de forme : le médiateur ne devrait pas avoir été condamné pour des infractions pénales ni avoir été privé du droit d'exercer une profession ou activité (art. 8, paragraphe 3).

Les étrangers doivent avoir une autorisation de long séjour ou un statut de résident permanent (à l'exception des citoyens de pays de l'AELE).

Ces exigences ne devraient pas s'appliquer à l'arbitrage international ou à la médiation entre États membres menée par des experts internationaux en matière de médiation car si ces conditions sont appliquées à l'arbitrage international, il ne pourra presque jamais se réaliser.

Les conditions imposées pour être médiateur par l'AM bulgare, s'apparentent aux exigences des professions réglementées (droit, médecine, la conduite des avions, des trains, etc.) et sont inappropriées au rôle d'un médiateur qui ne peut suggérer de solution aux parties.

Les qualités attendues d'un bon médiateur sont avant tout des qualités innées de tact, de compréhension rapide de la situation, de capacité à établir une atmosphère d'approche sérieuse des enjeux, avec tout de même un certain charisme, etc. Toutes ces qualités ne peuvent être acquises qu'en suivant un certain nombre d'heures de formation, nécessairement organisées par des enseignants, formés par des organisations spécialement agréées.

2.3.5. Information et confidentialité

2.3.5.1. La confidentialité

En vertu de l'AM bulgare, toutes les informations reçues au cours d'un processus de médiation sont confidentielles. Selon l'art. 7, paragraphe 1 : « Les discussions sont confidentielles. *Les participants* à la médiation sont tenus par l'obligation de respecter la confidentialité de toutes les

⁴⁵ Publications en Bulgarie dédiées à la médiation dans le souci de la justice pénale, à savoir ce type de médiation – Voir Chankova, D., *Meeting the Challenges of Introducing Victim-Offender Mediation in Central and Eastern Europe*, Final Report of AGIS Project JAI/2003/AGIS/088, Ed. by Fellegi, voir aussi Манев, М. о. с., p. 82 et suivantes.

⁴⁶ La même opinion est exprimée par Сивков, Ц, Споразумението и принципите на АПК, Legal Magazine of Veliko Tarnovo University De Iure, 2012, 1 (4), p. 5 et suivantes.

circonstances, des faits et des documents qui sont parvenus à leur connaissance dans le cadre du processus ».

Cette obligation légale s'impose aux parties et à tous les participants : médiateurs ou assistants techniques et administratifs⁴⁷. Si pour ces derniers, cette disposition est compréhensible, elle ne se comprend pas pour les parties qui devraient seulement pouvoir signer, si elles le souhaitent, des clauses de confidentialité spécifiques dont la violation pourrait mettre en cause leur responsabilité civile.

D'autre part on imagine difficilement comment une partie serait sanctionnée si elle enfreignait la disposition de l'art. 7, paragraphe 1 de l'AM.

2.3.5.2. Un nouvel alinéa à l'article 7 (version du *Journal officiel* n° 27/2011) introduit des exceptions à la confidentialité lorsque la protection de l'enfant ou la santé physique ou mentale d'une personne le requiert ou que l'application ou la mise en œuvre de l'accord le nécessite.

Cette disposition est une traduction quasiment littérale de la directive qui donne aux États membres la possibilité d'introduire des exceptions.

2.3.5.3 Information obtenue par un médiateur au cours d'un caucus avec l'une des parties.

Cette question a été prévue de manière satisfaisante dès la première version de la loi et n'a pas eu besoin de modification ultérieure. L'article 10, paragraphe 4 précise : « un médiateur ne peut communiquer aux autres participants des informations concernant uniquement une partie sans son consentement. »

2.3.5.4. En cas d'un échec de la médiation, la directive (art. 7, paragraphe 1) est claire sur cette question⁴⁸.

L'AM bulgare a donné une réponse législative satisfaisante à ce problème en reprenant le texte de la directive⁴⁹ (art. 166, paragraphe 1, alinéa 1 du Code de procédure civile)⁵⁰.

2.3.6. Les effets juridiques d'un accord de médiation

2.3.6.1. Aucune des deux versions de l'AM ne prévoit de dispositions sur les effets de l'accord conclu en médiation. Les principes généraux du droit

⁴⁷ La directive fait la distinction entre ces deux sous-catégories.

⁴⁸ Étant donné que la médiation doit avoir lieu d'une manière qui respecte la confidentialité, les États membres veillent à ce que, sauf si les parties en conviennent autrement, le médiateur ou les personnes participant au processus de médiation ne peuvent être contraintes de témoigner, au cours d'une procédure judiciaire civile et commerciale ou d'arbitrage, concernant les informations recueillies lors d'un processus de médiation (avec les exceptions commentées ci-dessus).

⁴⁹ Comme souligné, ce fut l'un des principaux facteurs de dissuasion pour le développement de la médiation en Bulgarie, en particulier la médiation en matière de droit commercial.

⁵⁰ Cette disposition laisse à la discrétion du médiateur le choix de décider de témoigner ou non.

civil s'appliquent : l'accord a le même effet qu'un accord ordinaire. Si une partie refuse d'appliquer l'accord, l'autre partie peut user des recours du droit civil.

Sous la pression de la directive, une tentative maladroite a été faite pour remédier à ce problème, mais sans résultat⁵¹. Ainsi, les articles 16 et 17 fournissent une source de divertissement pour les étudiants en droit : L'art. 16 du chapitre 5, intitulé « Forme et contenu » prévoit que la forme et le contenu de l'accord doivent être déterminés par les parties. Le formulaire peut être oral, écrit ou signé par un mandataire.

Un accord écrit doit indiquer le lieu et la date où ledit accord a été conclu, les noms des parties et les adresses de ceux-ci, les points d'accord, et le nom du médiateur, et doit comporter la signature des parties⁵².

En outre, l'art. 17 reproduit des notions classiques du droit, telles que :

Paragraphe 1 : « L'accord a un effet obligatoire entre les parties et ne peut porter préjudice aux droits des tiers. »

Paragraphe 2 : « L'accord est obligatoire entre les parties uniquement à l'égard des points qui s'y trouvent. »

Paragraphe 3 : « Est nulle la convention contraire à l'ordre ou à la morale publics »⁵³.

Seul un paragraphe (adopté en 2011) innove : « Dans l'accord, les parties peuvent convenir des sanctions pour non-respect des obligations. »

2.3.6.2. Force exécutoire d'un accord conclu en médiation.

Entre 2004 et 2011, le législateur⁵⁴ bulgare, à différentes occasions, a conféré une force directement exécutoire à plusieurs actes emportant obligations. Ils valaient titre exécutoire et permettaient l'exécution forcée de l'accord sans avoir à passer par la procédure d'homologation devant une juridiction.

À première vue, le texte de la loi peut laisser penser que l'accord conclu en médiation a force exécutoire. L'article 18, paragraphe 1 (*Journal officiel* n° 27 de 2011) indique : « L'accord issu de médiation a les mêmes effets qu'un accord conclu devant un tribunal d'État... »

Pendant, la phrase suivante précise : « ... et il est soumis à l'homologation des tribunaux régionaux du pays⁵⁵ ».

⁵¹ Ce n'est un secret pour personne qu'un lobby extrêmement puissant de notaires existe en Bulgarie dont les intérêts excluent la possibilité que l'accord issu de médiation soit assorti de l'exécution forcée.

⁵² On peut noter que la signature du médiateur n'est pas requise !

⁵³ Ceci est une reprise littérale de la disposition relative à la nullité des accords civils du droit civil général des contrats et obligations – Art. 26. Il faut noter, en outre, que seule une partie des cas de nullité des contrats est reprise dans l'AM, ce qui peut conduire à une interprétation trompeuse laissant à penser que les autres cas ne sont pas applicables aux accords de médiation.

⁵⁴ Tant par l'ancien code abrogé que par le Code de procédure civile nouvellement adopté.

⁵⁵ Voir Natov, 1, 2013, p. 30 et suivantes.

La conclusion est que l'accord conclu à la suite d'un processus de médiation n'a pas les effets d'un accord conclu devant un tribunal de l'État (force de chose jugée et force exécutoire directe). Pour obtenir ces effets, un tel accord devra être soumis à l'un des tribunaux régionaux du pays⁵⁶. Conformément à l'article 18, paragraphe 2, un tribunal régional homologue l'accord après que les parties confirment le texte (1) et que la Cour estime que l'accord n'est pas contraire à la loi ou à la morale publique (2).

Il est évident que l'une des deux parties peut décider de ne pas respecter l'accord et de ne pas comparaître devant le tribunal.

Par ailleurs, l'intéressé devra payer des frais de justice ordinaires et supplémentaires.

En dehors de cela, le législateur n'a pas pris en compte l'hypothèse la plus commune où les parties décident de recourir à la médiation, au cours d'une procédure judiciaire ou d'arbitrage. Dans ce cas, la procédure devant la juridiction saisie ou le tribunal arbitral sera suspendue pour une période indéterminée. Si les parties parviennent à un accord, elles devront retourner devant la juridiction ou le tribunal arbitral pour homologation de l'accord.

La loi ne précise pas quel tribunal régional est compétent. Toutefois, étant donné la nature de la procédure (gracieuse et non juridictionnelle), on peut conclure que tout tribunal régional est compétent.

On pourra rencontrer des difficultés à deux niveaux⁵⁷ :

– Certains juges pensent que le tribunal d'État ou le tribunal arbitral, saisi du litige réglé par voie de médiation, n'est pas compétent pour homologuer l'accord et devra à cette fin, se dessaisir au profit d'un tribunal régional.

– Des conflits de compétence territoriale se poseront aussi.

Dans tous les cas, les parties sont libres de donner force exécutoire à leur accord et obtenir un titre permettant l'exécution forcée, conformément à l'art. 418 du nouveau Code de procédure civile. Un notaire devra toutefois être saisi, sur la base de « l'intérêt matériel » – de la valeur monétaire de l'accord, qui peut représenter beaucoup d'argent. La seule tâche du notaire sera de vérifier l'authenticité des signatures.

3. Le règlement juridique – Conclusion

Les différentes versions de l'AM ont donné lieu à de vives discussions. Un tas de questions juridiques a été en permanence porté à l'attention du législateur.

Même la dernière version de la législation actuelle ne favorise pas la médiation. Les parties qui optent pour la médiation devront requérir d'un tribunal d'État ou d'un notaire de donner à l'accord un caractère exécutoire.

⁵⁶ Le premier niveau de la structure verticale du système judiciaire bulgare.

⁵⁷ Aucune décision de justice n'est disponible sur cette question car il y a seulement quelques médiations réelles – voir ci-dessous, point 3.

Et, bien sûr, payer parfois d'importantes sommes d'argent, alors que dans de nombreux autres cas, certaines obligations seront directement applicables⁵⁸.

La conclusion finale, pas très optimiste, est que, même sous la pression d'une directive européenne, le législateur bulgare a produit une réglementation juridique de faible qualité qui, au mieux, est conforme aux exigences formelles de la directive, et ne permet pas de répondre à des objectifs sociaux et économiques.

II. LA PRATIQUE DE LA MÉDIATION ET DES AUTRES ADR EN RÉPUBLIQUE DE BULGARIE⁵⁹

1. Intérêt de la médiation

Avant toute chose, il faut d'abord préciser que beaucoup de gens de différentes professions ont manifesté leur intérêt pour une formation en tant que médiateurs. Un nombre important de cours de formation ont été organisés et de nombreux stagiaires ont répondu avec succès aux exigences légales.

À l'heure actuelle, le registre unifié des médiateurs comporte 1 261 médiateurs inscrits⁶⁰. La rubrique du ministère de la Justice montre que 26 organisations sont autorisées à former à la médiation.

Le site juridique le plus populaire en Bulgarie « lex.bg » référence, 24 centres de médiation actifs.

On pourrait expliquer le grand intérêt pour la médiation par un certain nombre de facteurs, y compris la curiosité générale pour de nouveaux phénomènes. On pourrait citer les importantes activités de promotion de l'État, l'entreprise bulgare et un certain nombre d'ONG, la perception largement répandue de la faible qualité de la performance des tribunaux de l'État, etc.

Enfin, il faut tenir compte de la diminution de la population du pays, des entreprises peu florissantes et du nombre croissant d'avocats agréés, véritable vivier pour le recrutement de nouveaux médiateurs.

2. Bilan de la pratique de la médiation

Un nombre important des centres enregistrés n'ont même pas de page Web. Certains d'entre eux sont présentés comme des centres autonomes mais ne sont que des bureaux régionaux.

⁵⁸ Par exemple, les banques ont le privilège de recouvrer leurs créances directement, uniquement en raison d'extraits de leurs livres.

⁵⁹ L'information sur laquelle cette partie de la présentation est basée provient de registres officiels, des sites internet des centres de médiation, un certain nombre de publications et des observations personnelles de l'auteur.

⁶⁰ La population active est estimée à un chiffre d'environ 3 millions.

Ceux qui ont une page Web affichent leurs activités, des informations sur la médiation, la liste des médiateurs et les frais. Il n'y a pas de chiffres indiquant le nombre de médiations menées au centre, ni combien d'entre elles ont été couronnées de succès, etc.

Seuls 3 ou 4 centres de médiation affichent des chiffres sur les médiations réalisées et les derniers chiffres se rapportent aux années 2002 à 2005 et 2006⁶¹.

En dehors de cela, quelques institutions continuent à organiser des cours de formation en permanence.

III. CONCLUSION GÉNÉRALE

On peut arriver à la conclusion décourageante que beaucoup d'activités promotionnelles ont été réalisées dans les 15 dernières années ; il y a de nombreux bénévoles et organismes pour faire face à la médiation ; une loi a été adoptée après avoir fait l'objet de trois versions différentes en 7 ans ; des cours de formation sont organisés en permanence. Mais il n'y a pas vraiment de médiations.

En dehors de certains facteurs objectifs⁶², l'insuffisance de la réglementation juridique de la médiation en Bulgarie a été le principal facteur de dissuasion. L'amendement qui reflète formellement les exigences de la directive a été évidemment adopté trop tard – à un moment où l'idée de médiation avait déjà été largement compromise.

On ne peut pas ne pas observer un autre phénomène : les véritables médiations ont eu lieu sous les auspices de centres de médiation qui ont reçu un financement externe. Il n'y en a plus eu lorsque ce financement a été interrompu.

En dernière remarque, il doit être noté que cette analyse ne concerne que la Bulgarie. Le fait que la médiation n'ait pas non plus prospéré dans d'autres pays européens, devrait nous interroger sur le point de savoir si notre approche de la mise en œuvre des ADR a été la bonne.

⁶¹ La même chose est vraie pour le deuxième centre montré dans lex.bg – Le centre de médiation de la Chambre de commerce et d'industrie bulgare. Malgré un gros effort de promotion, le nombre des médiations est pratiquement nul, en l'espace de quelques années. En comparaison, les chiffres des arbitrages ont été d'environ 150 à 160 au début des années 2000 pour augmenter jusqu'à plus de 750 en 2010-2013.

⁶² Il est vrai que malgré tous les efforts, la médiation ne s'est pas largement répandue en Europe contrairement à la Grande-Bretagne, aux États-Unis et dans d'autres pays de Common Law.

Croatie

La médiation en Croatie

Par Srdan Simac

Juge de la Haute Cour commerciale de la République de Croatie
et président de l'association croate de médiation

Beaucoup de professionnels du droit croient encore que la médiation est un outil qui empêche l'accès à la justice des parties. C'est la conviction de la plupart de ceux qui résistent à la médiation et à son développement, dans l'espoir de garder le statu quo dans le travail juridique de tous les jours, exclusivement dans l'ancien, de façon traditionnelle, dans un système traditionnel de résolution de conflit.

Lorsque l'on soutient le point de vue mentionné ci-dessus, le fait que la saisine des tribunaux n'est pas le seul accès à la justice est négligé. L'accès à la justice ne signifie pas seulement l'accès aux tribunaux. Peu importent les apparences, la justice est plus difficile à rendre au sein des tribunaux, même si tout le monde pense à la justice lorsque l'on parle de juges et de tribunaux.

En réalité, les tribunaux sont des lieux dont le premier rôle n'est pas de chercher la justice ou la vérité, mais de résoudre des affaires. La majorité des tribunaux et des juges d'aujourd'hui n'ont tout simplement pas les outils nécessaires pour déterminer la vérité et la justice. Leur décision est basée seulement sur les exposés des parties qui sont en concurrence avec leurs croyances et leur position dans laquelle elles transposent leur vécu en langage juridique, essayant de convaincre les autres et le juge qu'ils ont raison. Dans ce processus, la vérité objective et la justice se perdent souvent dans ce labyrinthe juridique. Dans les conflits, nous disons rendre « la Justice » soutenue par la force. Par l'acte étatique, rendu sous la forme d'une décision du tribunal, le juge déclare quelle partie a raison et quelle partie a tort. Le verdict assure la paix imposée aux parties. C'est une sorte de paix

fondée sur le droit, et non pas sur les principes de vie. En conséquence, ces décisions ruinent définitivement les relations entre les parties, et perpétuent une « guerre » entre elles, ce qui ne signifie pas la présence de paix. Derrière chaque verdict, la douleur subsiste toujours entre les parties.

Il y a une phrase d'André Gide « Justice et Paix sont les deux faces d'une même médaille ». Cela signifie qu'il n'y a pas de justice sans paix et qu'il n'y a pas de paix sans justice. Que devrions-nous faire au niveau judiciaire pour introduire plus de justice et de paix dans le travail quotidien des juges ? Est-ce possible pour les juges de juger, prendre des décisions fondées sur la loi, et d'être, non seulement stricts et formels mais également justes, d'être ceux qui apporteront la paix entre les adversaires qui actuellement cherchent réellement la justice au sein des tribunaux.

Le sens de la justice est subjectif. Les parties au conflit ne peuvent pas attendre la justice de l'État, du tribunal ou du juge. Ils peuvent seulement obtenir la justice de leurs adversaires. Est-ce possible pour les juges d'apporter plus de justice entre les parties ou de les aider à le faire ?

Les juges ne devraient pas seulement prescrire des médicaments. Ils devraient commencer à guérir les blessures du conflit à chaque fois que c'est possible. Ils devraient traiter la maladie que subit la relation des parties, et pas seulement les symptômes. Les juges et les professionnels du droit en général, devraient écarter l'idée du passé, de la routine, des chemins précédents, en faisant ce qui est probablement la meilleure chose à faire. Au contraire, ils devraient supposer qu'il y a probablement un autre chemin différent, et peut-être parfois meilleur à emprunter.

De nos jours, les tribunaux sont, en quelque sorte, victimes de leur succès social. Pendant longtemps, ils n'ont pas été concurrencés par d'autres systèmes, ce qui fait qu'ils ont été d'une manière ou d'une autre autonomes et résistants au changement, aux exigences d'une époque et d'une société modernes, aux nouveaux besoins des usagers de leurs services. En dépit de ce fait, le système judiciaire et les juges ont une capacité immanente au changement positif et à l'amélioration en fonction des besoins et du temps présent. Il n'y a pas de personnes et de professionnels mieux placés que les juges pour apporter des changements positifs nécessaires dans le système de résolution traditionnel des litiges. Leur cœur de métiers, dans son sens idéaliste, est d'apporter la justice et la paix entre les parties, et ce dont ils ont besoin est simplement d'adapter leur activité aux temps modernes, et de commencer à utiliser beaucoup plus leurs compétences, leurs techniques et les fonctions oubliées. En fait, ce dont ils ont besoin est simplement d'ajouter de nouvelles compétences et habitudes aux anciennes qui sont encore irremplaçables.

La médiation est un générateur de changement et d'amélioration

La médiation est apparue comme un excellent outil pouvant aider les juges et chaque personne impliquée à améliorer l'approche traditionnelle de résolution des conflits actuelle. La médiation, dont l'efficacité a été prouvée, peut satisfaire le besoin de changement et aider « la sphère judiciaire » à prendre le meilleur des deux « mondes » que sont la justice formelle et informelle. Les deux sont compatibles et interdépendants et doivent faire partie intégrante du système moderne de résolution des conflits.

Les juges ont une influence formidable sur la société. Les juges-médiateurs ou les tribunaux pourvus de programmes de médiation peuvent avoir un effet encore plus important pour chaque particulier ou organisation impliquée dans un tout type de conflits. Les juges peuvent ajouter des éléments informels dans leur quotidien formel fait de routine et d'habitudes, et peuvent avoir une influence incroyablement positive non seulement sur la profession juridique mais également dans la société tout entière.

La médiation sert aussi les règles juridiques. En matière de résolution des conflits, la rapidité et le coût sont des éléments essentiels. Soutien aux valeurs des règles juridiques, la médiation est de plus en plus étroitement associée au système public de la justice. Ensemble ils peuvent faire de la résolution des conflits un système plus efficace, plus fructueux et plus approprié aux besoins des justiciables.

Les programmes de médiation au sein des tribunaux croates

Bien que la médiation ne soit pas encore bien développée en Croatie, il y a quelques tensions entre les centres de médiation en dehors des tribunaux et les programmes de médiation au sein des tribunaux. Cette tension est un signe d'incompréhension sur le rôle de la médiation dans la société qui est au-dessus de tout intérêt particulier.

La Croatie a adopté la loi sur la médiation en 2003, et mis en œuvre les programmes de médiation au sein des tribunaux en 2006, en commençant par le tribunal commercial de Zagreb et la Haute Cour commerciale de la République de Croatie en tant que Cour d'appel. Très vite, les programmes de médiation se sont répandus dans 15 tribunaux en plus. Les années 2006, 2007 et 2008 représentent l'âge d'or de la médiation judiciaire en Croatie. Les programmes de médiation ont été créés avec un grand enthousiasme par toutes les personnes intéressées notamment des juges. Et l'acceptation de la Croatie dans l'Union européenne a été un encouragement de plus pour soutenir ces programmes. Par exemple, la Haute Cour commerciale de la République de Croatie, en tant que première Cour d'appel avec la médiation dans la région, avait 21 médiateurs (juges, avocats, professeurs de droit, et même, ingénieurs en construction).

Dans la première année du programme (2007), le service judiciaire de médiation a atteint 150 accords de médiation. Malheureusement, ce grand succès fut le signe pour l'établissement judiciaire de prendre des mesures afin d'interdire à tous les médiateurs qui n'étaient pas des juges de pratiquer la médiation au sein des tribunaux. C'était en quelque sorte le commencement de la fin du développement des programmes de médiation judiciaire. La Haute Cour commerciale de la République de Croatie n'a désormais que trois juges-médiateurs, et les programmes de médiation sont seulement appliqués dans quatre cours. Peut-être que GEMME pourrait aider les tribunaux croates à insuffler un nouveau départ pour les programmes de médiation.

Ces programmes, même en petit nombre, ont reçu un très bon accueil par les parties. La médiation n'est plus à présent un gros mot pour la Croatie. L'une des parties au conflit a écrit une phrase importante dans un formulaire d'évaluation après que la médiation est terminée. Elle dit : « La médiation dans ce tribunal m'a redonné foi en la justice, alors que je l'avais complètement perdue avant ». Il n'y a pas de meilleure récompense pour les programmes de médiation judiciaire, et il n'y a pas de moyen plus économique, rapide et efficace dans la réforme du système judiciaire que l'implantation des règlements amiables dans les cours et des programmes de médiation. Les parties manifestent une grande satisfaction concernant les médiations et médiateurs judiciaires. Elles expriment combien elles apprécient la possibilité de communiquer avec les tribunaux dans une voie aussi rapide et informelle, de participer activement à leurs différends, d'être respectées et entendues, d'avoir la possibilité de raconter leurs propres histoires, de contrôler la procédure aussi bien que le résultat, et de maintenir une relation commerciale.

La collaboration entre les tribunaux et les centres de médiation

Les programmes de médiation à l'intérieur ou à l'extérieur des tribunaux croates sont toujours des environnements fermés. Il n'y a toujours pas suffisamment de coopération entre eux. En dépit du fait que la nouvelle loi de procédure civile permette que les médiateurs judiciaires ne soient pas nécessairement des juges, aucun des tribunaux ne recourt encore à des médiateurs non juges. Malgré le fait que la nouvelle loi en matière de procédure civile permette aux juges de renvoyer les affaires à des centres de médiations extérieurs, il y a seulement un bon exemple de cette collaboration.

La Cour municipale de Velika Gorica et l'association croate des centres de médiation ont eu une excellente collaboration durant ces dernières années. Les juges de la Cour renvoient les affaires et les parties à l'association de médiation croate. C'est un très bel exemple d'un bon fonctionnement du

tribunal avec les centres de médiation extérieurs à la Cour. Ils ont échangé quelque douzaine d'affaires et la plupart d'entre elles ont été résolues en médiation avec un taux de succès très élevé et une grande satisfaction des parties en litige et de leurs avocats.

Cette coopération n'est pas suivie par un grand nombre, mais c'est une belle preuve de la façon dont la coopération s'établit entre le tribunal et le centre de médiation extérieur. Les parties au litige et les avocats sont encore dans la période d'adaptation à la nouvelle approche de résolution de conflit. Beaucoup d'entre eux étaient très suspicieux au début. Leur méfiance a disparu juste après la première séance de médiation. Les parties sont presque toujours étonnées par l'approche de la médiation, les avantages qu'elle offre, et surtout par son résultat.

Dans une affaire qui durait depuis 18 ans, les parties ont accepté devant le juge d'essayer la médiation. Elles sont venues à l'association croate des centres de médiation, très calmes, avec beaucoup de questions et de méfiance. L'avocat d'une partie a dit au médiateur qu'il ne voulait pas prendre part à cette mascarade. La médiation a été terminée en deux semaines et six heures trente passées en session de médiation. Les parties ont signé un accord de médiation avec le visage radieux. À la fin, elles se demandaient : « Pourquoi ne savions-nous rien de la médiation avant ? Nous avons perdu dix-huit ans en procès et dépensé beaucoup d'argent ». Même l'avocat qui avait quitté la session de médiation au début, est revenu et a félicité le médiateur, lui exprimant sa grande surprise du résultat et lui a dit que personne n'avait réussi à régler le conflit avant.

L'appréciable avantage de la médiation judiciaire en Croatie est que les accords signés en médiation avec une clause exécutoire sont exécutoires par *application* de la loi sur la médiation et très vite par la loi sur l'exécution, aussi. Sans les dispositions de la loi, il serait plus difficile de développer la médiation en dehors des tribunaux.

Le brillant avenir de la médiation judiciaire au sein de l'UE

Le brillant succès du colloque de GEMME et le nombre important de juges de l'UE et de hautes personnalités du monde judiciaire, ministres de la Justice et fonctionnaires de l'UE, qui ont parlé avec un grand enthousiasme de la médiation et spécialement de la médiation au sein des tribunaux judiciaires, nous ont convaincu d'un avenir ensoleillé pour la médiation en Europe et précisément pour la médiation dans les tribunaux européens. En comparant avec le développement de la médiation en dix ans, au commencement du GEMME, nous pouvons conclure que nous avons fait un grand pas en avant ! Bien entendu, il y a encore beaucoup à faire par nous, par GEMME. En tant que professionnel du droit, qui a exercé en tant que juge pendant plus de vingt ans, je me sentais et je me sens toujours fier de ce

triomphe de la médiation au sein de l'UE qui a pris place dans le cœur de la justice française. C'est une pure procédure d'implantation de la démocratie dans les conflits.

Comme chaque conflit qui a sa propre vitesse et son rythme dans la procédure de sa résolution, le développement de la médiation en général et le développement de la médiation judiciaire en UE a sa propre vitesse et son propre rythme. Ce que nous pouvons faire est d'aider le rythme de la médiation à battre un peu plus fort, de mixer l'idéalisme avec le réalisme, et beaucoup travailler ensemble.

Aujourd'hui nous pouvons comparer la médiation avec le sang frais rempli d'oxygène apportant de nouveaux outils et *nouvelles* habitudes à la profession juridique et l'ensemble du système traditionnel de résolution des conflits.

Maintenant je peux difficilement voir tout particulier ou organisation, professionnel juridique ou système de résolution de conflit se permettre de continuer encore d'ignorer l'existence de la médiation et son développement.

Estonie

Médiation et conciliation en Estonie

Par Kai Härmand

Secrétaire générale adjointe, chef du département de la politique législative au ministère de la Justice de la République d'Estonie

Introduction

L'un des romans estoniens les plus connus *Vérité et Justice* décrit le désir des Estoniens pour des solutions justes et des conflits entre voisins que ni le tribunal ni une autre autorité ne sont en mesure de résoudre.

En Estonie le concept de la médiation a été introduit dans le système juridique depuis peu. La loi sur la conciliation⁶³ énonçant les fondements de la médiation est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010.

Auparavant, la médiation était obligatoire et seulement acceptée en matière familiale. La médiation commerciale en est encore à ses débuts dans le système juridique estonien mais d'un autre côté, un grand nombre d'affaires a été réglé devant la Cour. Les juges traitant des affaires familiales sont constamment formés à la conciliation et obtiennent de bons résultats. Les compagnies d'assurances ont établi une commission de conciliation qui fonctionne bien. Le nombre de litiges concernant les assurances devant les tribunaux a baissé ces dernières années.

Les principes de la procédure de conciliation

La loi sur la conciliation régit la procédure de conciliation dans les matières civiles et ses conséquences juridiques. En vertu de la loi, un

⁶³ Loi sur la médiation du 18.11.2009 entrée en vigueur le 01.01.2010, publiée RT I 2009, 59,385.

conciliateur facilite la communication entre les parties en les aidant à trouver une solution à leur conflit. Il peut proposer des solutions aux parties.

Toute personne physique peut agir en tant que conciliateur. En pratique, les avocats qui ont prêté serment et les notaires sont privilégiés car lorsqu'ils ont conduit une procédure de conciliation, les accords sont déclarés exécutoires par un tribunal de proximité, s'ils concernent le droit de propriété. Les autres accords portant sur d'autres matières peuvent être déclarés exécutoires dans les matières relevant de la libre disposition des parties. Le tribunal ne valide pas les accords qui concernent les litiges liés à la validité des baux d'habitation, leur annulation ou la vacance des locaux.

Dans le cas où le conciliateur n'est ni notaire, ni avocat assermenté, le tribunal peut donner force exécutoire à l'accord. Si un accord de règlement n'est pas exécuté, l'une des parties est en droit de présenter l'accord homologué par un organe de conciliation à un huissier pour l'exécution, conformément au Code de la procédure d'exécution.

Une partie peut contester judiciairement un accord validé par un organe de conciliation en cas de violation grave de la procédure de conciliation de nature à affecter le contenu de l'accord.

La conciliation en procédure civile

Le Code de procédure civile⁶⁴ (CPC), décrit le devoir du juge d'aider les parties à résoudre l'affaire. L'article 4-4 du CPC édicte qu'au cours de la procédure, le tribunal doit prendre toutes les mesures possibles pour régler une demande, ou une partie de celle-ci, par un compromis ou rechercher un accord des parties si le tribunal l'estime opportun. À ce titre, le tribunal peut, entre autres, présenter un avant-projet de compromis aux parties ; demander aux parties de comparaître devant le tribunal en personne ; proposer aux parties de régler le conflit à l'amiable ; ou faire appel à un conciliateur. Si le tribunal estime qu'il est nécessaire de juger l'affaire, compte tenu des circonstances et du déroulement de la procédure, il ordonne aux parties de participer à la procédure de conciliation prévue par la loi sur la conciliation.

En matière familiale, des dispositions spécifiques sont incluses dans le CPC⁶⁵. Le règlement lui-même dispose que le juge a l'obligation de concilier les parties. La procédure au tribunal a deux niveaux.

Tout d'abord, les parties sont conciliées par le juge et la décision du tribunal n'est rien d'autre qu'un accord de conciliation. L'article 561 du CPC prévoit le règlement de l'affaire par l'accord. Le tribunal (le juge) doit entendre les protagonistes dès que possible et attirer leur attention sur la

⁶⁴ Code de procédure civile du 20.04.2005, entré en vigueur le 01.01.2006, publié RT 2005, 26, 197.

⁶⁵ Chapitre 56 : Les demandes en matière familiale.

possibilité d'obtenir l'aide d'un conseiller familial et, surtout, d'adopter une position commune concernant les enfants. Le juge a le pouvoir discrétionnaire de suspendre une procédure concernant un enfant si les protagonistes acceptent de recourir à un conseil extrajudiciaire ou si le tribunal estime qu'il y a un espoir de régler l'affaire amiablement. La suspension ne doit pas entraîner un retard qui pourrait mettre en danger les intérêts de l'enfant.

Le procès-verbal de conciliation s'apparente à une décision de justice, mais il doit être appliqué volontairement par les parties. Cela signifie qu'un huissier de justice n'est pas compétent pour exécuter ce genre de décision, en vertu du Code de la procédure d'exécution⁶⁶.

L'article 563 de CPC traite du second niveau de la procédure et régit la procédure de conciliation en cas de violation des règles concernant l'accès à l'enfant, ou de violation de l'accord. Si l'accord (la décision de justice) n'est pas exécuté volontairement et qu'un parent informe le tribunal que l'autre parent a violé la décision de justice réglementant l'accès à l'enfant, le tribunal passe à la deuxième étape de la procédure.

L'injonction du juge est basée sur la demande du parent ou des parents qui comparaissent devant le tribunal pour régler le conflit par voie d'accord. À ce stade, c'est à la discrétion du juge de concilier les parents ou de déclarer que la procédure de conciliation a échoué s'il est évident que les parents n'étaient pas prêts à régler l'affaire par un accord. Dans tous les cas, le juge doit convoquer les parents en personne et expliquer les conséquences juridiques potentielles de l'échec. Le second stade de la procédure se termine par la décision du tribunal qui peut être exécutée par un huissier en application du Code de la procédure d'exécution.

Les membres de la juridiction spécialisée en matière familiale sont en permanence formés pour être en mesure d'expliquer aux parents les conséquences de leur action sur le bien-être de leurs enfants, de la restriction ou de la privation pour un parent du droit d'accès à l'enfant ; ils sont également informés du fait qu'ils ont l'opportunité de demander l'aide d'un conseiller familial. Conformément à l'article 134-3 de la loi sur le droit de la famille, un juge qui a des informations sur le fait que le bien-être d'un enfant est en danger, peut débiter une procédure sans demande des parents et peut prendre des décisions sur le droit de garde en lieu et place d'un parent. Les mises en garde et ordonnances posent des interdictions et exigent que les parents observent les instructions de l'organisme nommé par le tribunal.

Lorsque la procédure devant le tribunal a débuté sur la requête d'un parent, le juge est toujours libre de choisir les mesures coercitives

⁶⁶ Code de la procédure exécutoire du 20.04.2005 entré en vigueur le 01.01.2006, RT I 2005, 27, 198.

appropriées pour garantir l'exécution de la décision judiciaire. Dans la seconde décision, le tribunal détermine également les changements dans les droits des parents à l'égard des enfants. Les mesures coercitives peuvent varier, allant du paiement d'une astreinte à l'utilisation de la force publique.

Un tribunal ne doit permettre l'utilisation de la force publique pour appliquer une décision que si l'application d'autres mesures est ou serait inefficace, ou si une application rapide de la décision est nécessaire et que l'utilisation de la force publique est justifiée par le besoin d'assurer le bien-être des enfants qui ne peut être garanti par d'autres moyens.

Le double rôle d'un juge, agissant à la fois comme décideur et conciliateur, est difficile mais ce système procédural a été couronné de succès. Le juge a le devoir d'agir dans le meilleur intérêt de l'enfant et d'offrir des solutions différentes. La nature abstraite des dispositions procédurales donne au juge le choix de concilier le litige ou d'envoyer les parents devant un conciliateur impartial. De prime abord, il peut paraître contraire aux principes de la conciliation que la personne qui doit juger l'affaire au sein d'un tribunal puisse aussi concilier les parties.

La conciliation en matière commerciale

Les règles procédurales n'obligent pas le juge à concilier en matière commerciale mais à conseiller le règlement amiable. À ce titre, le juge peut, au commencement de l'affaire, examiner s'il est possible de résoudre le cas par le biais d'un compromis. Il est également possible de débiter une négociation à la fin de la procédure judiciaire, après que les preuves ont été examinées et que les parties ont présenté leurs arguments. Pour résoudre l'affaire par le compromis, les parties doivent convenir qu'elles sont d'accord pour y recourir. Le juge peut rappeler aux parties qu'il est possible que la décision ne mette pas fin à leur conflit, dans la mesure où la partie mécontente peut toujours interjeter appel. Le compromis permet aux parties de prendre leur responsabilité et de mieux négocier leurs besoins et intérêts, ce que le juge ne peut le faire dans sa décision. Le compromis peut également impliquer une tierce personne qui n'est pas partie au litige ou porter sur un point qui n'a pas été demandé.

Au regard de l'article 430-5 du CPC, un compromis peut être exécuté même à l'égard d'une personne n'ayant pas participé à la procédure si elle assume une obligation prévue par le compromis. Le compromis offre beaucoup d'avantages comme un gain de temps et d'argent. Un conflit traité au cours d'un procès dure en moyenne 168 jours (dans les affaires commerciales difficiles, la durée de la procédure peut excéder une année) et cela signifie également que les coûts sont élevés. Après un jugement, la

partie déboutée doit payer les frais judiciaires de la partie gagnante (article 162-1 du CPC).

La moitié de la taxe payée à l'État sera remboursée si les parties parviennent à un accord. Les coûts peuvent ainsi être réduits grâce à l'accord des parties (article 150-1 et 2 du CPP). L'article 163-2 du CPC dispose que le tribunal peut décider que tout ou partie des frais de procédures sera supporté par la partie n'ayant pas accepté le compromis proposé par le tribunal ou l'autre partie. Par conséquent, la partie qui refuse le recours à une procédure amiable peut se voir condamnée aux frais de justice, même dans l'hypothèse où elle a gagné le procès.

En pratique, les juges proposent souvent de recourir à un compromis dans les affaires de consommation, et spécifiquement dans les petites affaires de prêts à la consommation. Le taux d'accord est de plus de 50 %.

Le compromis est flexible et offre aux parties un plus grand contrôle sur le moyen de résoudre leur conflit. Les négociations pour trouver un compromis sont peu formelles. Le juge peut discuter avec les parties des solutions possibles pour régler leur litige et leur expliquer aussi les conséquences juridiques qui en découleraient si elles ne voulaient pas régler une affaire par le biais du compromis.

Conclusion

En Estonie, le juge a beaucoup de moyens pour régler dans sa boîte à outils amiablement le litige. Les juges spécialisés en droit de la famille sont également formés à la conciliation. La conciliation et la médiation en matière commerciale sont encore des terrains à découvrir et à apprivoiser. Le cadre juridique est là pour les soutenir mais le manque de connaissance et le temps sont les raisons pour lesquelles la conciliation est encore si peu répandue.

La loi sur la conciliation en version anglaise est disponible ici :
<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/Riigikogu/act/530102013028/consolidated>

Le Code de procédure civile en version anglaise est disponible ici :
<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/518032014002/consolidated>

France

GEMME-France

Par Béatrice Blohorn-Brenneur

Président de Chambre honoraire

Président de GEMME-France et de CIMJ

Vice-président de Gemme

GEMME a été créé, le 19 décembre 2003. L'assemblée constitutive comprenait une cinquantaine de membres répartis dans 7 pays de l'Union européenne : Allemagne, Belgique, Espagne, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni. La section française de GEMME comprenait alors 36 membres. Depuis cette date, le nombre de juges français adhérant à GEMME ne cesse de croître, en raison du dynamisme de la section française.

Pour avoir plus d'autonomie, pour développer plus d'initiatives et pour connaître un plus grand rayonnement au sein de la France, le 21 mai 2009, l'assemblée constitutive de la section française de GEMME a décidé la création de l'association de la loi de 1901 : GEMME-France (déclaration de la création : 17 juin 2009, publication au *JO* : 4 juillet 2009). Le siège social a été fixé à la Cour d'appel de Paris, 34 Quai des Orfèvres, 75001 Paris.

Plus de 150 juges ont aujourd'hui adhéré à GEMME-France. L'association compte aussi de nombreux sympathisants. Les magistrats coordonnateurs des Cours d'appel sont appelés à se retrouver au sein de GEMME-France.

La section française de GEMME a organisé de nombreux colloques et sessions de formation, créé des groupes de travail pour donner des avis éclairés dans le domaine de la médiation et de la conciliation et écrit des livres et articles pour diffuser la culture de la médiation.

Colloques

Bien avant la création de l'association GEMME-France, la section française de Gemme était déjà l'organisateur des colloques européens de Gemme en France :

- 2003, Cour d'appel de Grenoble.
- 8 décembre 2005, Assemblée nationale de France, à l'occasion des 10 ans de la loi française sur la médiation, première loi européenne sur le sujet.
- 11 décembre 2008, Cour d'appel de Paris. Ce colloque a réuni 121 praticiens du droit et de la justice (juges, avocats, notaires, huissiers, médiateurs...).
- 16 et 17 octobre 2009, Palais du Luxembourg à Paris (Premières assises internationales de la médiation), sous le haut patronage de Mme la Ministre de la Justice et des libertés. Ces assises intitulées : « La médiation, langage universel de règlement des conflits » ont rassemblé 350 personnalités du monde judiciaire venues des 5 continents. Des ministres de la Justice et des délégations ministérielles de plusieurs pays ont tenu à manifester, par leur présence ou en se faisant représenter, de l'importance de cet « événement historique ». Les participants ont souhaité se retrouver et que ces assises soient reprises dans les années à venir.
- 5 et 6 juin 2014, Cour d'appel de Paris et Cour de cassation, pour fêter les 10 ans de la création de Gemme (19 décembre 2003). Ces journées se sont déroulées sous le haut patronage de la ministre de la Justice de France, du président du Parlement européen et du président de la Cour de cassation. 250 personnalités du monde judiciaire y ont été représentées, parmi lesquelles des ministres de la Justice et présidents de Cours suprêmes. GEMME-France a offert le cocktail final, un concert et une visite au Château de Versailles pour renforcer le prestige de cette manifestation.

À la suite des premières assises internationales de la médiation qui se sont tenues à Paris les 16 et 17 octobre 2009, à l'initiative de Gemme, où 350 personnalités du monde judiciaire des 5 continents (37 pays représentés) étaient présentes, GEMME-France organise, tous les ans, les Assises internationales de la médiation judiciaire :

- Deuxièmes assises internationales à Fort-de-France (16 au 19 novembre 2011),
- Troisièmes assises à la faculté de droit d'Aix-en-Provence (4 au 7 juillet 2012),
- Quatrièmes assises au Centre La Baume, à Aix-en-Provence (4 au 6 juillet 2013),

- Cinquièmes assises internationales de la médiation judiciaire, à Biarritz, dans les prestigieux locaux du casino, en face de l’océan (3 au 5 juillet 2014).

Lors de ces assises internationales, les intervenants viennent non seulement des pays européens mais aussi du Canada, du Brésil, de Belgique, de Hongrie, d’Italie, de Roumanie, du Maroc, du Vietnam, d’Hawaï et d’autres pays, ce qui donne à ces assises un caractère international, tout en permettant aux membres de GEMME-France de se retrouver et de créer une équipe soudée.

La section française de Gemme sera aussi un des principaux partenaires du séminaire international de Jérusalem qui aurait dû se tenir à Jérusalem, les 1^{er}, 2, 3 et 4 novembre 2014 sur le thème « Jérusalem est-elle une ville de médiations ? ». Ce colloque a dû être repoussé en raison des événements politiques et devrait avoir lieu en novembre 2015.

Sessions de formation

Une équipe de GEMME-France a animé plusieurs sessions de formation à l’ENM dans le cadre de la formation continue et deux sessions de formation aux techniques de communication à des auditeurs de justice en formation initiale à Bordeaux. Ces sessions de formation ont pour but d’initier les magistrats aux techniques de communication, de leur donner les outils susceptibles d’entraîner l’adhésion à la décision, de concilier ou de proposer la médiation.

Une session de formation de 40 heures organisée par GEMME-France a eu lieu, avec le concours de la Chambre nationale des praticiens de la médiation, à la Chambre de commerce et d’industrie de Saint-Denis de La Réunion, en avril 2010. Cette session s’est déroulée dans le cadre de la formation déconcentrée de l’ENM à la Cour d’appel de Saint-Denis de La Réunion.

Les 2, 3, 4 et 5 juin 2010, renouvelée en 2011, une session de formation aux techniques de communication, médiation et conciliation, intitulée « Les journées de Montalieu » s’est déroulée en Isère, à Saint-Vincent-de-Mercuze. Cette session de formation européenne, organisée par GEMME-France, a permis la formation de 80 participants : juges, avocats et médiateurs des pays de l’Union européenne. L’équipe pédagogique de GEMME-France a assuré cette formation, en langues anglaise et française.

Cette formation a été renouvelée les 26, 27 et 28 mai 2011 dans les mêmes lieux.

Une session de formation précède les assises internationales. Elle est organisée par la Conférence Internationale de la Médiation (CIMJ-ICOMEJ),

organisme de formation, avec le partenariat de GEMME-France. Ces formations d'initiation à la médiation et de perfectionnement sont animées par des formateurs, membres de GEMME-France et d'autres intervenants de grande renommée internationale. Elles ont pour but d'initier les magistrats et autres acteurs de la médiation aux techniques de communication, de leur donner les outils susceptibles d'entraîner l'adhésion à la décision, de concilier ou de proposer la médiation.

Actions de GEMME-France en Europe et dans le monde

GEMME-France a été représenté dans de nombreux colloques européens et internationaux. Ainsi :

- Le colloque suisse des 6 et 7 novembre 2008, « La Médiation au service de la Paix », dont le but était d'établir de nouvelles approches interdisciplinaires (politique, social, commercial) de médiation au service de la paix.
- Le colloque de Barcelone des 18-19 juin 2009, organisé par la section espagnole de GEMME, intitulé : « Symposium sur les tribunaux et la médiation – Les nouveaux chemins pour la Justice ».
- Le colloque de la section roumaine de Gemme à Bucarest (Roumanie) le 29 octobre 2010.
- Visite d'une délégation de GEMME-France à Sofia (Bulgarie) du 30 octobre au 3 novembre 2010 et réunion avec la section bulgare de Gemme, puis à nouveau en avril 2012.
- Une session de formation sur les qualités que doit présenter un bon médiateur s'est déroulée à Milan (Italie) du 18 au 22 avril 2011. Cette session a été organisée par notre collègue belge Éric Battistoni et GEMME-France était parmi les organisateurs.
- La République tchèque a invité des membres du conseil d'administration de GEMME-France à deux colloques qui se sont déroulés à Krytni, en octobre 2010 et mars 2011.
- Les 14 et 15 juin 2013, notre collègue Philippe Bertrand a été délégué pour représenter la France à un colloque en Hongrie.

GEMME-France connaît également un rayonnement dans le monde :

- Dans le cadre de l'année Franco-Russe de 2010, un colloque organisé par notre collègue suisse, Jean Mirimanoff, pour le compte de GEMME-France, s'est tenu à Moscou, le 30 septembre 2010, avec l'ambassade française à Moscou. La délégation française comprenait notamment Guy Canivet, membre du Conseil constitutionnel, Jacques Faget, et Béatrice Brenneur. Le conseiller du Président de la Russie était présent.

Des liens ont été créés avec des acteurs de la médiation en Russie.

- Les 22 et 23 novembre 2010, l’ambassade de France en Ouzbékistan a demandé à GEMME-France d’intervenir à un colloque à Tashkent. Notre collègue Guy Pisana y est intervenu sur le thème de l’expérience française. Le texte de son intervention est sur le site de Gemme.
- En septembre 2011, nos collègues brésiliens ont proposé à des représentants de GEMME-France d’aller au Brésil faire des conférences sur la médiation en France. Une conférence a lieu à Brasilia et l’autre à Recife. Un appel à candidature a été fait pour représenter notre association au Brésil. Et, ont été désignées, Nathalie Pignon, conseiller à la Cour d’appel de Poitiers, pour aller à Recife et Béatrice Brenneur pour aller à Brasilia.

Groupes de travail et avis de GEMME-France

GEMME-France travaille en lien avec l’APMF et l’AIFI depuis septembre 2011 sur un projet de séminaire dont le titre provisoire est « Parentalités d’aujourd’hui : nouveaux défis. Regards croisés sur les pratiques professionnelles ». Dans ce cadre, un séminaire a eu lieu les 13-14 octobre 2012.

GEMME-France organise des **groupes de travail** lorsqu’il s’agit de donner un avis. Un de ces groupes a travaillé sur **la réforme des conseils de prud’hommes**, en 2013. Dans le cadre de cette réflexion, des conseillers prud’hommes, élus du personnel, praticiens, juges départiteurs, conseillers des Cours d’appel et de la Cour de cassation se sont réunis avec des représentants des organisations syndicales. Deux membres de ces organisations syndicales (CFTC et FO) intervenaient au nom de leur syndicat.

Ces échanges de haut niveau pour rendre la justice prud’homale plus rapide et plus efficace ont été rassemblés dans l’ouvrage *Conciliation et médiation prud’homales* et GEMME-France a déposé, en juin 2013, un rapport à Madame Taubira, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, contenant des propositions pour développer la conciliation prud’homale.

Il est à noter que les syndicats, en France, sont opposés à la médiation, qui, selon eux, ferait double emploi avec la conciliation et ferait échec à la parité (en France les bureaux de jugement des conseils de prud’hommes sont composés de quatre juges élus : deux par les salariés et deux par les employeurs). Les échanges avec les organisations syndicales se sont donc limités à une réflexion sur la conciliation prud’homale.

Début 2015, une délégation de GEMME-France a été entendue par le conseiller social du ministre de l’Économie et des Finances sur le projet de loi sur la modification des conseils de prud’hommes. Un des amendements

proposés par GEMME-France a été voté. Il s'agit de l'amendement imposant aux conseillers siégeant au bureau de conciliation et d'orientation de respecter la confidentialité.

Un autre groupe, qui devrait démarrer ces prochaines semaines, sera animé par Marie-Françoise Le Tallec. Il aura pour mission de pousser la réflexion sur la médiation sur le Net (**e-médiation**).

GEMME-France est un interlocuteur des institutions gouvernementales.

Il a été amené à donner un avis circonstancié au ministère de la Justice, dans le cadre de la transcription de la directive.

L'ordonnance du 16 novembre 2011, portant transcription de la directive du 21 mai 2008 a fait l'objet d'une étude approfondie par trois groupes de travail qui ont rendu leur rapport au conseil d'administration de l'association. Ces rapports ont été publiés par la revue « Les Annonces de la Seine » (supplément au numéro 27 du jeudi 19 avril 2012).

Ils ont porté essentiellement sur trois points : la définition de la médiation et de la conciliation, la confidentialité, et la médiation conventionnelle intervenant dans les différends internes qui s'élèvent à l'occasion d'un contrat de travail.

Une délégation de GEMME-France a été entendue début 2015 par des membres de l'Inspection générale des services judiciaires qui a été missionnée par le ministre de la Justice dans le cadre de la réforme de la Justice du XXI^e siècle. GEMME-France leur a remis une note comportant des propositions de réforme.

Publication d'ouvrages

GEMME-France est coéditeur de livres avec la maison d'édition L'Harmattan.

Les éditions L'Harmattan ont proposé aux membres de GEMME-France de publier leurs travaux, articles, livres ou autres ouvrages en coédition « GEMME-France – L'Harmattan ». (L'Harmattan est diffusé dans tous les pays francophones et le site L'Harmattan reçoit plus de 60 000 visites par jour).

Une bibliothèque « GEMME-France » a ainsi été créée pour publier deux types d'ouvrages : les actes des colloques et les écrits des membres de GEMME sur la médiation ou la conciliation (livres ou articles).

GEMME-France a dirigé la publication, pour le compte de GEMME, des actes du colloque des premières assises internationales, intitulés « Panorama des médiations du monde – la médiation langage universel de règlement des conflits », en versions française et anglaise. (Éditions L'Harmattan-Gemme)

Un film sur la médiation en Europe et dans le monde a été monté à la suite des interventions des premières assises internationales (Harmattan).

GEMME-France a publié, en janvier 2012, **le guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires**. Cet ouvrage a été conçu par une équipe composée de juges, avocats, universitaires, sous la direction de Françoise Thieullent-Maréchal.

Ce guide pratique, écrit à l'intention des juges qui souhaitent inviter les parties à aller en médiation, comprend une présentation générale de la médiation, les spécificités de la médiation familiale, prud'homale, commerciale. Le titre II est réservé à la conciliation menée par un conciliateur de justice ou par le juge et comprend un chapitre spécifique sur le droit des entreprises ou exploitations en difficulté. Dans une deuxième partie, les principaux textes européens et nationaux sont reproduits. La troisième partie comprend des modèles d'ordonnances, de lettres, d'accords qui sont une aide précieuse pour les praticiens de la médiation.

GEMME-France a également publié aux éditions L'Harmattan deux autres livres en 2013 et un en mai 2014 :

- **Conciliation et médiation prud'homales.**
- **Conciliation et médiation commerciales**, sous la direction de Béatrice Blohorn-Brenneur.
- **Le médiateur professionnel en action et en mots**, sous la direction de Michèle Lenoble, Éric Battistoni et Fédérica Oudin.

Les deux premiers livres reprennent les interventions faites sur ces thèmes (prud'hommes et commerce) aux colloques de Fort-de-France, Paris et Aix-en-Provence. Le troisième pourra ouvrir le chemin du futur lexique de la médiation.

Trois autres livres devraient paraître dans les mois prochains :

- **Conciliation et médiation administrative.**
- **Médiation pénale et justice restaurative.**
- **Panorama de la médiation dans les 28 pays de l'Union européenne.** Ce livre sera réalisé à partir des questionnaires mis au point à l'occasion du colloque donné pour les 10 ans de GEMME, où les 28 pays de l'Union européenne devraient être représentés. Candice Étienne, stagiaire en master de l'Université Lyon II Lumière, en a fait la synthèse.

L'accent va être mis, en 2015, sur **la médiation administrative**.

Un colloque se tiendra sur ce sujet le 17 juin 2015. Il sera organisé par le Conseil d'État, avec le partenariat de GEMME-France. Les 6^{es} assises internationales de la médiation judiciaire qui se tiendront à Nice, les 3 et 4 juillet 2015, traiteront également de ce sujet.

Par ailleurs, et dans le même but, des contacts ont été pris avec le vice-président du tribunal administratif de Grenoble (qui commence une expérience de médiation).

Site internet, listes de discussion et veille des informations

Le site de GEMME-France est régulièrement tenu à jour, grâce à la participation active et au dévouement de Gilbert Cousteaux, président de chambre à la Cour d'appel de Toulouse. Il constitue une mine d'informations sur les sujets les plus divers concernant la médiation (colloques, sessions de formation, parutions de livres, législation, jurisprudence, et bibliographie). Le site de GEMME-France est une sous-partie du site de Gemme (www.Gemme.eu) dans lequel il s'intègre.

Le site de GEMME est mis à jour grâce à l'implication et au dynamisme de François Staechelé, président de chambre à la Cour d'appel de Metz.

François Staechelé gère également une liste de discussion française qui donne les actualités sur la médiation en France et en Europe. Il assume une veille des informations et trie les documents les plus importants pour les membres de GEMME-France.

Une autre liste de discussion qui fait part des activités de la section française est également active.

Les cours françaises et la médiation⁶⁷

Par Pierre Guerder

Doyen honoraire de la Cour de cassation de France

Le terme de **médiation** désigne un mode alternatif de règlement des conflits, connu en France par son acronyme M.A.R.C. ou en anglais par l'expression *alternative dispute resolution* A.D.R. Depuis la transposition en France en 2011 de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du conseil en date du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, et depuis l'introduction dans le Code de procédure civile français, par un décret du 20 janvier 2012, d'un livre V intitulé « La résolution amiable des différends », on parle volontiers de modes alternatifs de règlement des différends, désignés par l'acronyme M.A.R.D. Encore faut-il observer que cet acronyme souligne le double visage, Janus Bifrons, de la médiation, qui peut être conventionnelle ou judiciaire. Le livre V du Code de procédure civile de France parle seulement de la médiation conventionnelle parmi d'autres modes de résolution des différends. La médiation judiciaire, issue d'une loi du 8 février 1995, et d'un décret du 22 juillet 1996, fait l'objet d'un titre 6 bis inclus dans le livre I du Code de procédure civile contenant les dispositions communes à toutes les juridictions. Cette différence reflète bien les deux visages de la médiation civile, commerciale ou sociale.

Dans cette perspective, la médiation est regardée comme un processus structuré de résolution amiable des conflits par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord durable sur la solution de leur différend, avec l'assistance d'un tiers neutre, impartial et indépendant, le

⁶⁷ Intervention au colloque de Keszthely (Hongrie) le 4 septembre 2014.

médiateur, choisi par elles parmi des personnes qualifiées ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige.

La médiation se distingue de la conciliation qui peut être effectuée, en droit français, par le juge lui-même ou par un tiers qu'il désigne et qu'on appelle conciliateur de justice. La première mission du juge, que lui assigne l'article 12 du Code de procédure civile, est de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Mais l'article 21 du même code dispose qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties. La conciliation diffère de la médiation en ce que le conciliateur s'implique dans la recherche d'une solution du conflit, tandis que le médiateur, astreint à la neutralité, accompagne les personnes dans la recherche d'une solution sans faire prévaloir son point de vue.

Le juge de prédilection, pour engager la médiation, est en principe le juge du premier degré, le juge de base. Le caractère amiable du processus, la démarche consensuelle qui y conduit, permettent d'espérer l'apaisement du conflit et l'abandon du contentieux. Pourtant c'est une réalité : la médiation civile, commerciale ou sociale a fait son apparition dans les Cours d'appel, et son statut a été encadré par la Cour de cassation, Cour suprême de l'ordre judiciaire en France.

Ainsi mon propos sur les cours françaises et la médiation peut être articulé en deux parties : I) le contrôle de la médiation par la Cour suprême ; II) la pratique de la médiation par les Cours d'appel.

I – Le contrôle de la médiation par la Cour de cassation

La Cour de cassation de France est saisie des litiges par un recours dit extraordinaire dénommé pourvoi en cassation, dont l'objet est de faire contrôler la conformité des jugements à la loi. La Cour de cassation n'est donc pas un troisième degré de juridiction. Elle ne juge pas les faits. Elle contrôle l'exacte application de la loi aux faits déclarés constants par les juges du fond. Elle ne dispose d'aucun pouvoir d'évocation autre que celui de mettre fin au litige en appliquant la règle de droit appropriée dans un arrêt de cassation sans renvoi. Elle n'a donc pas vocation à mettre en œuvre la médiation. Mais elle s'est appliquée à préciser les contours de la médiation, tant conventionnelle que judiciaire.

A – Médiation conventionnelle

Lorsqu'elle est dite conventionnelle, la médiation trouve sa source dans un contrat entre les parties. Par dérogation au principe de liberté qui régit ce processus, il est possible que les parties soient préalablement liées par une **clause de médiation** insérée dans un contrat civil ou commercial. Cette clause leur fait obligation de recourir au processus de la médiation avant

d'entreprendre toute action judiciaire et même toute instance arbitrale. Par exemple, il peut être stipulé dans un contrat que « tout différend qui naîtrait de l'interprétation, de l'exécution, de l'inexécution, ou des suites, ou conséquences du présent contrat sera soumis à médiation, préalablement à toute action judiciaire ou arbitrale ». Les clauses types font parfois référence au règlement d'un centre de médiation auquel les parties déclarent adhérer.

La Cour de cassation veille au respect des clauses de cette nature. L'introduction d'une instance judiciaire ou arbitrale en méconnaissance d'une telle clause expose son auteur à une fin de non-recevoir et à l'irrecevabilité de l'action.

La solution a été introduite par un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 14 février 2003⁶⁸ qui a jugé que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées par les articles 122 et 124 du Code de procédure civile, et que, licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent.

Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 30 octobre 2007⁶⁹ a statué sur une clause d'un contrat d'exercice en commun de médecins membres d'une société civile de moyens. Cette clause, intitulée « médiation obligatoire », stipulait : « en cas de difficultés soulevées par l'application du présent contrat, les parties s'engagent, préalablement à toute action contentieuse, à soumettre leur différend à deux membres du conseil départemental de l'ordre des médecins des Yvelines, chacun choisissant librement l'un de ces deux membres. Ceux-ci s'efforcent de concilier les parties et de les amener à une solution amiable, et ce, dans un délai maximum de trois mois à compter de la désignation du premier conciliateur ». La Cour de cassation a jugé qu'une telle clause constituait une fin de non-recevoir qui s'imposait aux juges du fond en application de l'article 122 du Code de procédure civile. On retrouve la même solution à propos d'un litige de copropriété dans un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 20 septembre 2011⁷⁰, et à propos du remboursement d'un prêt dans un arrêt de la première chambre civile du 1^{er} octobre 2014⁷¹.

La tentative préalable de médiation ou conciliation étant obligatoire, une partie à un contrat ne peut par avance refuser une procédure de médiation qui n'a pas encore été mise en œuvre dès lors que la clause de médiation prévue

⁶⁸ Bull. civ. 2003, Mixte n° 1.

⁶⁹ Bull. civ. 2007, I, n° 329.

⁷⁰ Inédit au Bulletin, pourvoi n° 10-20990.

⁷¹ À publier au Bull. civ., pourvoi : n° 13-17920.

au contrat n'a prévu la saisine du tribunal qu'en cas d'échec ou de refus de la médiation (Cass. 1^{er} civ. 8 avril 2009)⁷². Un refus unilatéral n'est pas possible, mais il se peut que les parties concernées se mettent d'accord pour renoncer à l'application de la clause de médiation.

Il reste que la fin de non-recevoir peut être régularisée en cours d'instance. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a décidé, par arrêt du 16 décembre 2010⁷³, que viole l'article 126 du Code de procédure civile la Cour d'appel qui accueille cette fin de non-recevoir alors qu'à la date à laquelle elle a statué, la cause d'irrecevabilité avait disparu, les demandeurs ayant mis en œuvre dans les formes requises par le compromis de vente la procédure de conciliation et, après constatation de son échec, ayant réitéré leur demande devant le juge.

Un arrêt de la chambre commerciale du 29 avril 2014⁷⁴ vient d'apporter une note divergente à cette jurisprudence cohérente. Il énonce que la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci. Dans cette espèce, la clause se limitait à évoquer un règlement amiable sans préciser la procédure à suivre. Or, il ne suffit pas d'imposer l'épuisement préalable des voies amiables. Il faut identifier le M.A.R.C. auquel on veut avoir recours.

En dépit de cette restriction, la jurisprudence de la Cour de cassation peut être considérée comme protectrice de la médiation conventionnelle. C'est la même tendance que reflète la jurisprudence relative à la médiation judiciaire.

B – Médiation judiciaire

Aux termes de l'article 131-1 du Code de procédure civile, créé par décret du 22 juillet 1996, « Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. Ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance. »

Vous avez remarqué dans ce texte la distinction entre le litige dont est saisi le juge et le conflit qui oppose les parties. Le litige n'est que la partie émergente d'un iceberg dont la profondeur dissimule le conflit.

Le principe de l'instauration d'une médiation judiciaire par le juge d'appel a été consacré par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de

⁷² Bull. civ. 2009, I, n° 78.

⁷³ Bull. civ. 2010, II, n° 212.

⁷⁴ Pourvoi n° 12-27004.

cassation du 18 juillet 2001⁷⁵. Dans cette affaire, un salarié qui avait été licencié pour faute grave avait saisi le conseil de prud'hommes d'une procédure d'indemnisation en invoquant un licenciement abusif. Le conseil de prud'hommes avait condamné l'employeur à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, et à rembourser à l'Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce (ASSEDIC) de l'Isère des indemnités de chômage. La Cour d'appel de Grenoble, par un premier arrêt du 22 juin 1998, avait sursis à statuer et ordonné une médiation. Celle-ci a débouché sur un accord partiel entre l'employeur et le salarié, de sorte que par arrêt du 6 septembre 1999, la Cour d'appel a dit le licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse, donné acte au salarié de son désistement de ce chef, et déclaré la décision opposable à l'ASSEDIC.

L'ASSEDIC ayant formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt qui avait ordonné une médiation, la Cour de cassation a jugé que si l'ASSEDIC ne pouvait se voir opposer une médiation à laquelle elle n'était pas partie, la Cour d'appel avait pu, après avoir recueilli l'accord de l'employeur et du salarié, ordonner une médiation dans le litige qui opposait ces derniers. Ainsi, la place de la médiation dans les Cours d'appel a été parfaitement assurée.

Elle a été assurée davantage encore par un arrêt de la première chambre civile du 7 décembre 2005⁷⁶, disposant que « la décision d'ordonner une médiation judiciaire, qui ne peut s'exécuter qu'avec le consentement des parties, est une mesure d'administration judiciaire non susceptible d'appel ni de pourvoi en cassation ». L'absence de recours garantit ainsi le confort du juge d'appel. Il reste à savoir si elle est incitative à l'égard des parties, ou si elle est plutôt de nature à susciter leur méfiance...

Le confort du juge d'appel comporte tout de même une limite. Le juge ne peut mettre fin à une médiation judiciaire sans que l'affaire soit préalablement rappelée à une audience à laquelle les parties sont convoquées à la diligence du greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. À cette audience, le juge, s'il met fin à la mission du médiateur, peut poursuivre l'instance, le médiateur étant informé de la décision. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la chambre sociale du 14 janvier 2014⁷⁷ révélateur d'un dysfonctionnement. Un conseiller de la mise en état avait, par ordonnance du 6 juillet 2012, désigné un médiateur dont la mission devait prendre fin dans les trois mois suivant la première réunion de médiation (soit au plus tôt le 6 octobre), sursis à statuer sur toutes les demandes des parties et renvoyé la cause, à défaut d'accord des parties, à l'audience du 20 septembre 2012. Mais le 20 septembre, c'est un arrêt au

⁷⁵ Bull. civ. 2001, V, n° 279.

⁷⁶ Bull. civ. 2005, I, n° 484.

⁷⁷ Bull. civ. 2014, V, n°... pourvoi n° 12-28295.

fond qui a été rendu par la Cour d'appel. Il a été cassé par la chambre sociale au visa de l'article 131-10 du Code de procédure civile.

Après le confort du juge, peut-être convient-il d'ouvrir une lucarne sur le confort du médiateur. Celui-ci est astreint à une obligation de moyens, non une obligation de résultat. Dès lors, le montant de la rémunération du médiateur ne peut dépendre de la circonstance que les parties sont ou non parvenues à un accord. C'est ce qu'a jugé la deuxième chambre civile de la Cour de cassation par un arrêt du 22 mars 2007⁷⁸.

Le cadre étant ainsi posé, il ne reste plus qu'à entrer, sinon en médiation, du moins dans les Cours d'appel qui pratiquent la médiation.

II – La pratique de la médiation par les Cours d'appel

Si la France admet la conciliation par le juge, elle ne lui permet pas la médiation. Elle se différencie à cet égard d'un certain nombre de pays, à commencer par la Hongrie. Le récent colloque des 10 ans de Gemme à Paris a montré, à travers une excellente synthèse, que plusieurs pays européens admettent la médiation pratiquée par le juge, conformément au modèle de la Cour d'appel du Québec initié par l'honorable Louise Otis. En France, le rôle du juge est différent : il recueille ou constate l'accord des parties à la médiation, et désigne le tiers chargé d'y procéder.

En théorie, toutes les Cours d'appel sont susceptibles de pratiquer la médiation judiciaire. Elles comportent en France, en principe, chacune au moins un magistrat référent spécialement chargé des questions de médiation. Il est compétent pour organiser l'activité de médiation dans sa juridiction. Il a vocation à en rendre compte par des rapports transmis à la chancellerie. On devrait ainsi connaître le volume des médiations en France. Il s'avère qu'en réalité, ce volume est difficile à appréhender, en l'absence d'un outil statistique spécifique à la médiation. Celle-ci n'apparaît pas en tant que telle dans les statistiques des juridictions. Elle n'y figure qu'à travers des informations partielles sur les ordonnances de désignation de médiateur, sur les homologations d'accords, et sur les désistements.

L'intérêt de la médiation au stade de la cour supérieure peut provenir de l'encombrement du rôle de la juridiction et de la longueur du délai d'attente nécessaire pour parvenir à une audience de plaidoiries. Mais ce critère n'est pas le seul facteur déterminant. Le temps peut contribuer à apaiser les passions et permettre aux parties de prendre conscience de leurs intérêts communs dans la recherche d'une solution négociée préférable aux aléas d'une nouvelle décision de justice.

⁷⁸ Bull. civ. 2007, II n° 73.

L'une des pionnières de la médiation judiciaire en Cour d'appel a été la présidente de GEMME-France, Mme Béatrice Blohorn-Brenneur, présidente de la chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble de 1996 à 2003. Vous avez pu remarquer que c'est sur une affaire en provenance de Grenoble qu'a été rendu l'arrêt de la Cour de cassation du 18 juillet 2001 validant le principe de l'instauration de la médiation judiciaire au stade de la cour supérieure. Mme Brenneur a organisé des audiences spéciales de proposition de médiation concernant une quarantaine d'affaires préalablement sélectionnées. Après une présentation générale de la médiation par la présidente de chambre, chaque affaire était abordée pour inviter les parties à faire le choix d'une médiation. La réponse s'est avérée positive dans 50 % des cas. Ainsi, durant cette période de sept années, 1 000 médiations ont été ordonnées, avec un taux de réussite de 80 %. La part du contentieux de la chambre sociale réduite par ce mode de règlement des litiges a été évaluée à 8 %. En dépit de ces résultats encourageants, l'expérience n'a pas survécu au départ de son initiatrice.

Des initiatives comparables ont été prises par des présidents de chambre qui ont choisi de s'impliquer personnellement dans la médiation : à Pau par le président de la chambre commerciale, M. Philippe Bertrand ; à Toulouse par le président de la chambre commerciale, M. Gilbert Cousteaux ; à Metz par le président d'une chambre de la famille, M. François Staechelé ; à Versailles par les présidents des chambres sociales, à Aix-en-Provence ou à Lyon par d'autres. Il n'est pas question de les examiner toutes. Je concentrerai mes observations sur deux cours, celle de Paris et celle de Toulouse.

A – Cour d'appel de Paris

C'est sans doute à la Cour d'appel de Paris que l'on trouve l'organisation la plus complète et la plus sophistiquée. Il est vrai que cette Cour d'appel se distingue par son ampleur. Elle est structurée autour de 8 grands pôles qui rassemblent 71 chambres par thème :

- Pôle 1 : procédure et droit international privé : 7 chambres civiles
- Pôle 2 : personnes : 12 chambres civiles et pénales
- Pôle 3 : famille : 7 chambres civiles et pénales
- Pôle 4 : biens, immobilier, environnement et consommation : 11 chambres civiles et pénales
- Pôle 5 : vie économique : 13 chambres commerciales et pénales
- Pôle 6 : social : 12 chambres sociales dont une chambre mixte pénale
- Pôle 7 : instruction : 6 chambres de l'instruction
- Pôle 8 : criminalité, délinquance organisée : 2 chambres pénales, cour d'assises.

Deux conseillers de la cour ont été désignés comme magistrats référents pour la médiation : l'un a en charge les chambres civiles et commerciales, l'autre a en charge les chambres sociales⁷⁹.

Dans les chambres sociales, deux filières ont été mises en place pour promouvoir la médiation d'une part avant les audiences de fond, d'autre part à l'occasion des audiences des plaidoiries.

1) AVANT LES AUDIENCES DE FOND : LA PROCÉDURE DE DOUBLE CONVOCATION

Le ressort de la Cour d'appel de Paris englobe 11 conseils de prud'hommes disséminés dans plusieurs départements, de Paris à Bobigny, Créteil, Évry, Fontainebleau, Longjumeau, Meaux, Melun, Sens, Villeneuve-Saint-Georges, Auxerre. Le contentieux en provenance de ces juridictions représente 12 000 à 13 000 affaires par an. Il est d'autant plus abondant que la médiation est récusée par les conseillers prud'hommes qui préfèrent s'en tenir à la phase de conciliation préalable prévue par la loi. Pourtant le bureau de conciliation du conseil des prud'hommes n'a pas pour objectif réel de concilier les parties. Il se borne en pratique à vérifier que l'affaire est en état d'être examinée par la formation paritaire de jugement. C'est donc au niveau de la cour supérieure que peuvent être éventuellement décelées les perspectives d'accord amiable entre les parties.

À cette fin, une cellule de médiation a été constituée par le magistrat référent avec deux greffiers référents et au moins deux assistants de justice. Cette cellule examine les dossiers nouveaux avant leur distribution dans les chambres, afin de sélectionner les affaires susceptibles d'aller en médiation. Sont exclus de la sélection les dossiers posant une question juridique de principe, concernant des droits indisponibles ou affectés par l'ouverture d'une procédure collective. Sont privilégiés les litiges entre salariés et employeurs liés par la parenté, des rapports matrimoniaux, des relations entre associés, des relations persistantes du travail dans l'entreprise, les litiges consécutifs aux difficultés de reclassement des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, les litiges concernant les employés de maison, les concierges, les assistantes maternelles, les litiges concernant les salariés des professions libérales, les litiges concernant les cadres de haut niveau, les litiges du milieu associatif.

Les dossiers non sélectionnés suivent le parcours normal de distribution dans les chambres, pour un audiences à échéance lointaine, de deux à trois ans.

⁷⁹ Benoît Holleaux, « Médiation prud'homale : renouveau de l'office du juge-pratique de la Cour d'appel de Paris », Semaine sociale Lamy numéro 1538, p. 9, numéro 1539, p. 5 1000.

Les dossiers sélectionnés font l'objet de la procédure de double convocation. Le greffe adresse aux parties non seulement une convocation à l'audience de fond dont la date est lointaine, mais encore en même temps une convocation-invitation à se rendre dans un délai bref à une permanence d'information sur la médiation tenue par un médiateur. Une notice d'information sur la médiation est jointe à la double convocation. Les conseils des parties sont avisés de cette démarche par le greffe.

Les permanences d'information figurent sur un tableau de service hebdomadaire, à raison de quatre séances par semaine. Chaque permanence a pour objet de délivrer une information générale sur la médiation aux parties présentes qui ont été convoquées à cette séance. Les dossiers évoqués, au nombre maximum de six, relèvent d'une seule des 8 ou 9 chambres associées à cette procédure.

À l'issue de la proposition de médiation, le médiateur peut recueillir le consentement des parties s'il l'obtient. Il dispose d'un formulaire qu'il soumet à la signature des parties et qu'il a ensuite la charge de déposer au greffe avec la feuille de liaison sur laquelle il rend compte du déroulement de sa permanence. Le processus de la médiation est alors enclenché. Une ordonnance de médiation est signée par le magistrat de la chambre concernée. Elle désigne le médiateur, fixe sa mission, lui impartit un délai, prévoit la consignation de sa rémunération, et indique la date de renvoi à une audience de procédure.

Le médiateur désigné par ladite ordonnance dispose en principe d'un délai de trois mois pour accomplir sa mission. Le retour à une audience de procédure s'effectue dans le mois suivant l'expiration du délai de médiation. À cette audience de deux choses l'une :

- Ou bien la médiation a échoué : dans ce cas il n'y a rien à faire puisque les parties sont déjà convoquées à une audience de plaidoiries ;
- Ou bien les parties sont parvenues à un accord : elles peuvent en demander l'homologation par la cour, ou se borner à solliciter qu'il leur soit donné acte de leur désistement d'instance et d'action. L'affaire disparaît du rôle de la cour.

2) LES AUDIENCES DE PLAIDOIRIES EN PRÉSENCE D'UN MÉDIATEUR

La double convocation, si attrayante qu'elle puisse paraître, n'est pas générale. Pour des raisons diverses et variées, elle est utilisée avec parcimonie par la cellule de médiation. Elle est donc loin de prendre le pas sur le système qui lui a préexisté, qui est celui de la permanence des médiateurs aux audiences de plaidoiries.

Ces permanences sont organisées, sous la direction du magistrat référent, par plusieurs associations de médiateurs : l'Association nationale des médiateurs (ANM), l'Association des médiateurs européens (AME), l'Institut d'expertise arbitrage et médiation de Paris (IEAM), le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP), le Réseau des médiateurs en entreprise (RME). En fait, c'est l'ANM qui, par délégation des autres associations, est chargée de l'élaboration du tableau des permanences aux audiences de six des chambres sociales.

Les permanences sont assurées par un groupe de 30 à 35 médiateurs rassemblés pour les besoins de la communication dans un @googlegroups.com.

Le médiateur assiste à l'audience de la chambre qui lui est indiquée par le tableau hebdomadaire de permanence diffusé par courrier électronique. Si, à l'occasion d'une affaire en cours d'examen, le président de la cour aperçoit une piste de médiation, il invite les parties et leurs conseils à s'entretenir en dehors de la salle d'audience avec le médiateur. On se retrouve alors dans la situation évoquée à propos de la permanence de double convocation. Le médiateur délivre une information sur la médiation. Si les parties refusent la médiation, leur affaire est examinée dans la continuation de l'audience au fond. Si elles acceptent la médiation, une ordonnance de médiation est prononcée avec les conséquences procédurales qu'elle comporte.

Au regard d'un tel dispositif, qui force l'admiration, le résultat peut paraître décevant. En 2013, 495 informations sur la médiation ont été délivrées par les médiateurs. Sur 175 affaires terminées en 2013, 125 ont abouti à un accord (72 %) tandis que 50 n'ont pas abouti (28 %). Le taux de réussite est sans aucun doute satisfaisant. Mais la part de la médiation dans le contentieux prud'homal demeure presque symbolique. Les encouragements de la Cour de cassation n'ont pas produit tous leurs effets.

B – Cour d'appel de Toulouse

À Toulouse, la médiation civile et commerciale a été introduite à la Cour d'appel à partir de la signature, le 16 septembre 2011, d'un protocole entre le premier président de la Cour d'appel, le bâtonnier de l'ordre des avocats, et la directrice de greffe. Ce protocole destiné à promouvoir le recours à la médiation dans la juridiction d'appel faisait suite à un protocole signé en 2010 pour le tribunal de grande instance et le 23 juin 2011 pour le tribunal de commerce.

En application du protocole, une unité de médiation a été créée à la Cour d'appel comme dans les deux autres juridictions. Elle est composée du président d'une chambre commerciale, délégué du premier président, d'un président de la chambre sociale, d'un avocat président du centre de

médiation Toulouse-Pyrénées, d'un universitaire responsable du diplôme de médiation de la faculté de droit de Toulouse, et de plusieurs greffiers. On ne peut qu'être sensible à la pluridisciplinarité de cette structure.

L'unité de médiation facilite le recours à la médiation en définissant des procédures d'information, de repérage et de traitement, notamment par la diffusion de trames, qui permettent la mise en œuvre concrète de la médiation. Il est prévu qu'elle dresse annuellement une liste indicative de médiateurs qui sera diffusée aux magistrats et aux avocats à partir des candidatures exprimées par les médiateurs.

Du 1^{er} janvier 2012 au 15 novembre 2013, 477 dossiers de la chambre présidée par M. Gilbert Cousteaux⁸⁰ ont été sélectionnés sur 943 dossiers nouveaux, soit 46 %. À l'issue des réunions d'information, 94 consentements ont été recueillis pour engager une médiation, soit 20 % des dossiers. Sur 82 médiations achevées, il y a eu 34 accords, 39 échecs et 9 caducités. Les médiations réussies ont ainsi représenté 3,6 % des affaires nouvelles de la chambre. C'est un résultat encourageant qui peut soutenir la comparaison avec les chambres sociales de la Cour d'appel de Paris.

Conclusion

Au terme de cette étude, une conclusion s'impose. Comme l'a dit le baron de Coubertin, il n'est pas nécessaire d'espérer pour entreprendre, ni de réussir pour persévérer. La médiation n'a pas encore obtenu, en France, la place qu'elle mérite. Pourtant c'est un facteur de paix sociale qui doit être renforcé. Pour favoriser son développement, un effort culturel doit être accompli afin de la faire mieux connaître et mieux apprécier par les professionnels du droit autant que par les justiciables. C'est la vocation de Gemme de s'y employer, comme à Paris en juin 2014 ou à Keszthely (Hongrie) en septembre 2014.

⁸⁰ Gilbert Cousteaux, « Le juge et la médiation » – Vidéo Dailymotion http://www.dailymotion.com/video/x1x8tlk_le-juge-et-la-mediation_school

Grèce

La médiation dans le système juridique grec (Médiation judiciaire et privée)

Par Harry Macheras

Président de la Cour d'appel d'Athènes

1. L'évolution de la médiation en Grèce

Le terme « médiation » a été initialement introduit en Grèce lorsque le Parlement a transposé la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil « sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale » en droit interne par le biais de la loi 3898/2010. Cette loi régit le cadre légal de cette nouvelle procédure de résolution amiable des différends.

Au regard de la loi grecque « la médiation est un processus structuré où deux ou plusieurs parties tentent volontairement de résoudre leur différend dans le but de rechercher un accord de règlement amiable avec l'aide d'un médiateur ». Le médiateur est un tiers auquel l'on demande de conduire une médiation avec efficacité et impartialité, quelle que soit la procédure par laquelle il a été nommé. La loi grecque prévoit qu'avant de recourir à la médiation, les parties s'engagent par écrit à respecter la confidentialité de la procédure. Les déclarations effectuées et les informations acquises au cours de la médiation ne pourront pas être utilisées ultérieurement si la médiation venait à échouer. En d'autres termes, les médiateurs, les parties, leurs avocats et toute autre personne impliquée à la médiation ne pourront, dans aucun cas, témoigner au cours d'une action en justice ultérieure sur le même différend, à moins que cela ne soit imposé par des règles d'ordre public.

En Grèce, les frais de la médiation sont également répartis entre les parties, sauf convention contraire, alors que les frais judiciaires sont à la charge de chaque partie.

Le ministre de la Justice grec a déterminé les termes, les conditions et les critères d'accréditation des médiateurs. Il évalue, par ailleurs, la qualité des services de médiation fournis par les médiateurs et la formation initiale et continue dispensée par des centres de formation constitués par les barreaux grecs.

En Grèce, l'importance de la médiation est en évolution croissante. La médiation progresse doucement mais à pas constants. Il est, par conséquent, souhaitable et espéré qu'elle réussisse à éliminer la forte culture d'affrontement qui est à présent prédominante en Grèce, ainsi que ses importants effets secondaires. À cette fin, des centres de formation des médiateurs ont été constitués à Athènes et dans d'autres villes grecques importantes.

Un haut niveau de formation est fourni par des formateurs en médiation grecs et étrangers conformément aux standards européens.

2. Le système juridique grec et la médiation judiciaire

La loi 4055/2012 article 7 devenue l'article 214B du Code grec de procédure civile (CPC ci-dessous), mettant en place une procédure de résolution amiable extrajudiciaire des différends appelée « médiation judiciaire », présente des caractéristiques avec lesquelles sont déjà familiarisés la plupart des juges grecs.

En effet, des nombreuses dispositions du CPC, même antérieures à l'article 214B, avaient prévu des procédures de conciliation tenant lieu au sein des tribunaux. Ces dispositions sont les suivantes :

- a) l'article 208 du CPC prévoit que le juge a le devoir de tenter le règlement amiable d'un différend lors de sa première audience,
- b) l'article 209 du même Code énonce que toute partie intéressée peut décider de soumettre une demande auprès du magistrat compétent afin de solliciter ses services de conciliation avant qu'une action en justice ne soit déposée,
- c) l'article 233 paragraphe 2 dispose que le tribunal tente de résoudre un conflit même après le début de l'audience le concernant,
- d) l'article 667 CPC en vertu duquel le tribunal a le devoir de tenter la réconciliation des parties au cours de la première audience.

En vertu des dispositions précédentes et, de toute évidence, du compromis judiciaire (prévu dans l'article 293 du CPC), nous pouvons conclure que le législateur considère que la mission des juges est de résoudre les différends par des moyens de résolution amiable tels que la médiation.

Néanmoins, les dispositions précédentes n'ont pas eu en Grèce d'impact conséquent en pratique pour diverses raisons dont la présentation actuelle ne traite pas, son objet étant autre.

Même si les tribunaux peuvent, en principe conduire à un compromis, cette tâche ne peut pas toujours être réalisée dans la pratique judiciaire – compte tenu de la pression de la charge de travail. La tentative de conciliation ou de médiation est un processus très difficile, exigeant un haut degré de préparation, qui doit être effectué d'une manière non agressive mais systématique.

3. Le juge médiateur selon l'article 214B du CPC

Le législateur, en établissant la médiation judiciaire en vertu de l'article 214B, a pris des données nouvelles en considération :

- a) le cadre juridique de la médiation, lequel avait été déjà mis en place afin que les avocats se familiarisent, soit avec le rôle du médiateur, soit avec le rôle de conseil juridique en médiation,
- b) les dispositions relatives aux centres de formation et au processus d'accréditation des médiateurs par le ministère de la Justice, qui admettent que la médiation est un objet « enseignable » lequel requiert un certain degré de spécialisation. Telle est la raison pour laquelle, en ce qui concerne la médiation judiciaire, le législateur grec a précisé que cette tâche doit être effectuée par des juges spécialisés.

La médiation judiciaire, telle que décrite par l'article 214B du CPC, ne diffère pas en son principe fondamental de celle menée par les médiateurs privés en vertu de la loi grecque 3898/2010. La médiation judiciaire, en tant que processus, est librement déterminée en tenant compte des particularités de chaque affaire.

Toutefois, certains fils conducteurs sont donnés aux juges médiateurs dans la loi sur la médiation quant à la manière de mener une médiation judiciaire ; il s'agit notamment de la nécessité de mener des audiences jointes et séparées auxquelles participent le juge et les parties, de mener des discussions entre les parties et le juge médiateur et même de proposer aux parties des solutions non obligatoires pour résoudre le conflit (ce qui toutefois constitue une singularité qui différencie la médiation judiciaire de la médiation effectuée par un médiateur privé en vertu de la loi 3898/2010, puisque ce dernier ne peut pas effectuer de telles propositions).

Quelques premières conclusions peuvent être tirées du texte de cet article :

- a) Le législateur ne cherche pas, et à très juste titre, à établir des règles et/ou une méthode spécifique de déroulement de la médiation judiciaire car cela, à la souplesse du processus et à son manque de formalisme, qui sont les

caractéristiques fondamentales de la médiation. Il parle, par ailleurs, d'« audiences » et de discussions jointes et séparées entre les parties et leurs avocats avec le juge médiateur. Pour ceux qui sont familiarisés avec le processus de la médiation, telle que décrite dans les manuels spécialisés, cette alternance de discussions jointes et séparées est un outil de base du travail du médiateur privé. Le souhait non explicite du législateur est que le médiateur-juge se familiarise avec la manière de procéder du médiateur privé afin de faciliter sa mission dans la recherche d'un accord.

b) En outre, la loi indique expressément que le juge « peut adresser des propositions de résolution lesquelles ne s'imposent pas aux parties ». Ce n'est pas une simple coïncidence ; il est évident qu'en vertu de la législation, de par son évolution historique susmentionnée, le rôle du juge (en tant qu'autorité et personne respectée) aurait dû davantage se rapprocher à celui d'un médiateur typique.

Je crois fermement que la médiation judiciaire contribuera efficacement et de manière pratique à l'accélération de la mise en œuvre de la justice civile. On pourrait faire valoir que la médiation d'une seule affaire peut nécessiter une journée entière ou même plus et que, par conséquent, peu importe le nombre de médiations conduites par le juge médiateur, même si ces exemples sont concluants, elle ne produira jamais une atténuation significative de la charge de travail des tribunaux. Cependant, quand une médiation est réussie, de nombreux jugements sont évités ainsi que d'autres recours judiciaires parallèles à la procédure principale, tels les recours en référé pour l'exécution des décisions judiciaires futures ou des actions connexes éventuelles. Lorsque l'on étudie les données statistiques disponibles, il ne suffit pas seulement de voir combien de cas se traduisent par une médiation réussie, mais il faut aussi considérer combien de ces médiations réussies ont abouti à un résultat positif durable.

Les statistiques démontrent que l'accord issu d'une médiation est presque toujours durable.

Les données statistiques que j'ai recueillies auprès du tribunal de première instance d'Athènes démontrent que les types de cas qui ont été traités par le juge médiateur, peuvent être classés de la manière suivante :

En 2012, il y a eu : leasing 3, biens communs 3, différends relatifs à l'emploi 3, droit des contrats 5, frais d'avocat 1, droit de la famille 4, droit de la propriété 4.

En 2013 : droit de la famille 17, droit de la propriété 12, droit des contrats 29, leasing 5, biens communs 2, emploi 3, frais d'avocat 1.

En 2014 (jusqu'à la fin du mois de février) : droit de la famille 5, droit des contrats 4, emploi 3, droit de la propriété 1.

Très récemment et pour la première fois, il y a eu trois cas en droit commercial qui ont été soumis en médiation judiciaire auprès du juge

médiateur de la Cour d'appel d'Athènes ; ils sont actuellement en cours de processus de médiation.

La durée moyenne de la procédure, à partir du moment de la requête initiale devant le juge médiateur jusqu'à ce que l'ensemble de la procédure soit terminé, est d'environ 40 à 50 jours. Les données ci-dessus peuvent présenter des écarts légers. Néanmoins, ces écarts ne doivent d'aucune façon, modifier l'impression totale.

Le législateur grec, en vertu de l'exposé des motifs de la loi, souligne la contribution que peut avoir la médiation judiciaire sur la confiance des citoyens dans la résolution amiable des différends et sur le développement des modes alternatifs de résolution des différends en général. Cela devrait se traduire progressivement par le succès maximum de ces moyens de résolution avec, en conséquence, la réduction de la charge des tribunaux (afin que ces derniers ne soient saisis que les litiges nécessitant réellement un examen judiciaire).

La disposition du paragraphe 4 de l'article 214B souligne par ailleurs : « Le tribunal devant lequel l'affaire est pendante peut, en tout état de la procédure et en prenant en considération toutes les circonstances de l'espèce, inviter les parties de recourir à la médiation judiciaire afin de régler leur différend et, en accord avec elles, suspendre la procédure et fixer une date d'audience ultérieure, laquelle ne peut excéder six mois à compter de la première audience devant le tribunal ».

Néanmoins, notez s'il vous plaît que cette disposition est en cours de révision. À mon avis, les modifications suivantes devraient être apportées à cet article : a) le renvoi à la médiation judiciaire et l'ajournement du procès doivent être effectués même sans le consentement des parties. Ceci est approprié si le tribunal devant lequel le procès est en cours (et au moyen d'un exposé sommaire des motifs) considère ce renvoi approprié en l'espèce, tout en déterminant les points du différend qui peuvent être résolus par une procédure amiable ; par ailleurs, b) la période d'ajournement devrait être limitée à un maximum de trois mois au lieu de la période de six mois prévue et applicable actuellement. Si les parties conviennent que leur différend devrait être résolu par voie de médiation judiciaire, alors je pense qu'une période de trois mois pour sa réalisation est plus que suffisante. L'audience de l'affaire devant le tribunal pourrait être repoussée, en cas de besoin, et sous condition de consentement de toutes les parties concernées, bien entendu, pour trois mois supplémentaires. c) La phrase suivante devrait, à mon avis, être ajoutée à la fin de la disposition susmentionnée : ... « En cas d'échec de la médiation judiciaire, le différend devrait être discuté devant le même tribunal qui avait renvoyé l'affaire à la médiation judiciaire, avec la même composition de juges, à condition que les juges en question soient toujours en fonction dans ce tribunal ». d) Les parties devraient avoir le

choix aussi, sous condition d'accord entre elles, de soumettre leur différend à la médiation privée au lieu de la médiation judiciaire après que la décision d'ajournement judiciaire précitée est rendue (celle-ci, dans ce cas aussi, devrait énumérer les points sur lesquels les parties ont entendu recourir à la médiation privée).

À ce point de ma présentation, une attention toute particulière doit être accordée à la modification importante, qui a été opérée en vertu de l'article 22, paragraphe 3 de la loi 3994/2011, à l'article 233 du CPC : dans les nouveaux paragraphes 2 à 4 dudit article, le tribunal saisi d'un litige a l'obligation de tenter le règlement amiable du différend, ce qui constitue un principe général de la procédure civile.

De ce fait, il devient évident que l'article 214B doit être examiné en corrélation directe et immédiate avec l'article 233 du CPC. En vertu de ces deux articles, les tribunaux grecs peuvent entreprendre des initiatives pour résoudre à l'amiable un éventail large de différends. En effet, la prescription de l'article 233 du CPC présente l'avantage essentiel suivant : il permet aux juges chargés d'une affaire (et non pas seulement au seul juge médiateur, comme il est prévu dans l'article 214B), qui ont déjà pris connaissance du dossier (par son étude préliminaire ainsi que par les arguments des parties en audience) de procéder à une tentative de résolution amiable. Comme il a été précédemment décrit dans le rapport justificatif de la prescription : « Il a été démontré par l'expérience que les parties et leurs représentants légaux sont d'habitude plus favorables à une tentative de résolution amiable une fois qu'elles ont eu l'occasion d'exprimer leurs positions et d'avoir entendu les arguments et les moyens de preuve dont dispose la partie adverse ». Le fait qu'elles aient pu connaître les arguments de l'autre partie n'est pas négatif en soi ; au contraire, ceci a un impact positif sur l'obtention d'un compromis. Les parties ont acquis une vue d'ensemble des éléments de preuve dont elles disposent sur l'affaire et elles ont pris conscience du risque encouru par elles de voir le tribunal rendre une décision qui pourrait être partiellement ou entièrement favorable à l'une d'elles. Au début d'une audience judiciaire type, elles n'ont conscience que de leurs arguments propres, ce qui leur fait croire qu'ils vont certainement gagner. Il faut souligner que le contenu de la négociation des parties, lors de leur tentative de conciliation devant le tribunal en vue d'un règlement amiable, n'influence pas la décision finale du tribunal compétent en cas d'échec de cette tentative. Les arguments des parties et les concessions obtenues lors de ladite tentative ne sont pas enregistrés dans des minutes, de sorte qu'elles ne sont pas utilisées comme matériel de référence en cas d'échec du processus de la tentative. De cette manière, les craintes éventuelles des parties selon lesquelles leurs propositions lors de la tentative de conciliation pourraient être utilisées contre elles lors d'une audience ultérieure, en cas d'échec de la conciliation, sont écartées. Le coût faible de cette procédure dans son ensemble ainsi que

d'une médiation en comparaison avec le coût total d'un procès peut aussi devenir un facteur déterminant qui permettra d'accroître la probabilité d'un accord amiable entre les parties en conciliation.

Il devient évident que nous parlons de quelque chose de complètement différent de ce à quoi nous, les juges, avons été presque exclusivement accoutumés à faire et que les citoyens attendaient de nous jusqu'à maintenant.

La médiation en Grèce ne doit, en aucun cas, devenir attrayante pour les citoyens pour des raisons négatives, à savoir le mauvais fonctionnement du système judiciaire. Elle n'est pas une panacée ou un antidote pour les dysfonctionnements (retards, coûts, formalisme procédural, rigidité) des procédures judiciaires habituelles. Au contraire, la médiation doit se développer dans le cadre d'un système juridique et judiciaire qui fonctionne bien et qui rend la justice. Un tel bon fonctionnement du système en sa totalité permettrait de garantir, d'ailleurs, l'efficacité de l'accord de résolution amiable atteint par les parties par le biais du processus de médiation.

4. Conclusion

En conclusion, je dirais qu'en Grèce, peut-être en supprimant les habitudes longues de notre société, nous avons embrassé une nouvelle approche de notre système dans laquelle l'individu se trouve au centre de tout ; cette nouvelle philosophie s'oriente vers la redécouverte de la communauté et l'établissement de relations durables au sein de la société à travers la communication et la réconciliation (valeurs qui sont à la base de la médiation). Ces valeurs ne représentent pas un besoin secondaire humain, un « luxe », mais un besoin primordial et fondamental de l'être humain en tant qu'être sociable et politique, vivant en communauté.

Il est largement reconnu de nos jours que la médiation constitue une méthode efficace de résolution des différends. La loi grecque sur la médiation protège les intérêts des parties qui entament une médiation en garantissant : a) une confidentialité étendue, b) l'arrêt des délais de prescription pendant la durée de la médiation, c) la compétence professionnelle et la qualité des médiateurs et d) la rapidité d'application, la flexibilité de la procédure et le coût raisonnable de la médiation.

Alors, que peut-il être fait de plus en Grèce pour permettre le développement de cette méthode alternative de résolution des différends ? Il y a encore pas mal de choses à faire dans le but de promouvoir la médiation en tant que mode de règlement extrajudiciaire des différends. Très brièvement, et à titre d'exemple et non pas de liste exhaustive, les besoins de promotion actuels peuvent être identifiés comme étant les suivants :

1. Les citoyens et les entreprises doivent être informés et familiarisés avec la médiation.
2. Les avocats grecs ont besoin d'être formés et de comprendre ce concept afin d'être performants dans leur nouveau rôle d'avocats-conseils en médiation.
3. Les clauses contractuelles prévoyant la médiation comme mode de résolution d'éventuels litiges entre les parties au contrat doivent être intégrées de manière systématique dans les contrats de toute sorte.

La formation des médiateurs en Grèce et l'implication des associations du barreau selon le décret présidentiel hellénique

Par Spyros Antonelos

Avocat DESS – Médiateur accrédité CI Arb

– Formateur en médiation PROMETHEUS – Auteur

Weinstein JAMS Fellow 2013

Cofondateur de “Resolve – Mediators and Dispute Resolution Experts”

Chers membres du conseil de GEMME et membres de l'association, chers intervenants, madame la ministre, chers participants,

Je remercie chaleureusement GEMME pour l'aimable invitation qui m'a été faite et la chance de pouvoir vous donner un aperçu de la formation des médiateurs de mon pays, tout comme d'avoir pu suivre les présentations précédentes très intéressantes des autres intervenants. Je ne serai pas long, afin de pouvoir échanger avec vous, et de répondre à vos questions et observations sur ma pratique.

La médiation est comparable à un enfant en bas âge en Grèce, elle est encore très dynamique. Il se trouve que le jour où je vous écris, ce 28 avril 2014, quelques heures avant de faire une présentation de la médiation devant un public d'étudiants et d'entrepreneurs au sein d'une université (qui sera ma prochaine tâche du jour), deux autres événements liés à la médiation se déroulent à Athènes, ville où je vis et exerce. Cela n'était pas pensable il y a encore quelques années, début 2008, lorsque très peu d'entre nous, les premiers médiateurs grecs, commencèrent à parler de la médiation à nos compatriotes.

À l'époque, il n'y avait pas la directive européenne 2008/52/CE et par conséquent, pas la loi grecque 3898/2010, transposant la directive dans le système légal grec. L'idée de croire en une procédure de résolution amiable des conflits paraissait romantique et naïve, particulièrement au regard de l'échec de l'expérience d'introduire un processus de négociation obligatoire entre les parties et les avocats seuls (à savoir, sans l'aide d'un tiers formé, tel que le médiateur) préalablement à la saisine de la première instance en vertu de l'article 214A du Code de procédure civile hellénique. Ce vieil article de procédure 214A, qui est devenu volontaire l'an dernier, a eu un taux de succès de 0,5 %, selon les statistiques du tribunal de première instance de Salonique, publiées à la fin des années 1990. Il y avait un problème de frais d'avocat, faibles, voire inexistantes, mais aussi un obstacle général à l'acceptation et l'utilisation d'une pratique systématique de ce processus. La société grecque utilisait la résolution des conflits à travers les tribunaux et le système accusatoire, et considérait les processus extrajudiciaires, et les avocats les suggérant, comme trop « mous » ; pour obtenir justice, il fallait se battre au tribunal.

Les choses ont heureusement bien changé, même si le système juridique grec et le processus de changement de la mentalité collective sont encore en cours. Le progrès en faveur de la médiation et son acceptation est palpable et indéniable.

- Loi hellénique n° 3898/2010 (intitulée : « médiation en matière civile et commerciale ») généra un ensemble de règles claires sur la médiation et la définition du cadre juridique dans lequel elle pourrait être mise en œuvre (à savoir la plupart des litiges civils).
- La loi ci-dessus, combinée au décret présidentiel n° 123/2011, a chargé les organismes civils à but non lucratif (centre de formation) fondés par les barreaux locaux et les chambres locales, en partenariat avec les médiateurs formés, d'établir de normes communes.
- Les organismes à but non lucratif ci-dessus sont homologués par le ministère de la Justice grec et leurs programmes de formation sont encadrés par ce dernier. La formation est de 40 heures en 5 jours de formation.
- Les médiateurs deviennent accrédités après avoir réussi un examen en deux étapes : tout d'abord ils passent des examens organisés par les centres de formation et, à la fin des 5 jours de formation, ils passent un examen afin de s'inscrire sur les listes publiques des médiateurs accrédités détenues par le ministère.

Les barreaux ont activement informé leurs membres sur la médiation, soit seuls, soit conjointement avec le ministère de la Justice en co-organisant des événements. Plus de 4 000 avocats ont suivi un séminaire sur la sensibilisation à la médiation au barreau d'Athènes de mai 2011 jusqu'à aujourd'hui et plus de 2 000 avocats d'autres villes en Grèce et de barreaux

locaux, comme Le Pirée, Patras, Ioannina, Syros et Kalamata. Ces conférences, que je sais être très bonnes, véhiculent une excellente sensibilisation à la médiation et suscitent l'intérêt des avocats en formation à la médiation.

Après une année civile de fonctionnement des 4 centres de formation existants au Pirée, Athènes, Thessalonique et récemment à Larissa, plus de 600 professionnels ont été formés en tant que médiateurs, 366 d'entre eux ont d'ores et déjà été accrédités sur la liste publique des médiateurs et sont prêts à pratiquer, et approximativement 450 de plus ont récemment été formés et attendant d'être accrédités en septembre prochain. L'association du droit du barreau grec pour la formation des médiateurs a permis de familiariser les avocats avec la médiation et de les encourager à mieux comprendre le double rôle qu'ils occupent, lorsqu'ils agissent en tant qu'avocats des parties ou en tant que médiateurs (pour ceux qui ont été formés et accrédités). Je ne prétends pas que le recours à la médiation est toujours idéal : il y a encore des personnes qui doutent, comme c'est le cas pour chaque nouveau concept dans tous les pays du monde. Toujours est-il que le succès d'avoir, en seulement un an de fonctionnement des centres de formation du barreau, des centaines de nouveaux médiateurs encourageant le concept de médiation comme une alternative tangible aux tribunaux ne peut pas être nié et a généré un vif débat sur l'ADR au sein duquel les avocats, les juges, les chambres, et plus récemment, les entreprises et les citoyens participent.

Le prochain grand défi est d'avoir des événements sur la médiation actuelle en Grèce : il n'y a pas de chiffres officiels disponibles car la plupart des médiations ne sont pas publiques et sont couvertes par le secret en vertu de la loi sur la médiation grecque. Toutefois, environ 10 médiations sont considérées comme ayant eu lieu de septembre dernier au début de l'année judiciaire en cours (septembre 2013 à septembre 2014). C'est un point de départ et cela peut apparaître comme un début hésitant, notamment au regard du fait que la loi grecque sur la médiation est en vigueur depuis 2010 : mais ce serait voir le verre à moitié vide alors qu'il est à moitié plein. La procédure est pleinement opérationnelle depuis le mois de mai 2013 (lorsque la liste des 110 médiateurs accrédités fut publiée, permettant aux Grecs de trouver un médiateur dans la plupart des villes du pays et donc à proximité de leur lieu de résidence, leur permettant d'user de ses services). La crise de la dette qui sévit dans les finances publiques en Grèce n'a pas permis à l'État d'allouer une grande campagne d'informations en faveur de la médiation. De petits événements organisés par le ministère et financés par l'Union européenne ont eu lieu l'an dernier à l'échelle locale, au sein duquel beaucoup de participants grecs ont contribué avec leur participation et leur soutien. Ces efforts continuent avec la création de trois vidéos promouvant la médiation par les centres de formation de Salonique, Pirée et Athènes, qui

ont été publiées sur YouTube et qui sont aisément accessibles en lignes par les citoyens. Ces efforts sensibiliseront la société à la médiation lentement mais sûrement. Les réseaux sociaux électroniques peuvent être utilisés comme un bon moyen de promotion. Le ministère de la Justice grec les utilise activement de nos jours (<http://www.ministryofjustice.gr/site/en/Leadership/Greetings.aspx>) tout comme les associations du barreau (le barreau d'Athènes : www.dsa.gr) et les entreprises existantes établies par des médiateurs expérimentés, telles que celle que j'ai fondée avec des médiateurs et des formateurs à la médiation Eleni Plessa et Irène Matsouka sous la dénomination « Resolve » (www.resolve.gr) afin de partager notre expérience de la médiation réussie à l'étranger (au Royaume-Uni et aux USA). Les centres de formation sont aussi très actifs en ligne (Centre du barreau d'Athènes, appelé « Prometheus », site Internet : www.akked.gr).

S'il y a encore beaucoup à faire concernant les finances publiques, le système juridique et la mentalité de la société, la Grèce est en voie d'évolution ; la médiation a une grande place dans cette transformation. Dans ce processus, les avocats, juges et les médiateurs sont la clé du progrès pour une justice meilleure, et un mode de résolution des conflits plus rapide, discret et empathique. Nous travaillons dur pour cela et vous êtes tous les bienvenus pour nous aider avec votre expérience et votre contribution car une synthèse est le résultat souhaité, j'ose considérer que nous sommes tous d'accord.

Je vous remercie pour votre temps et votre attention et me réjouis de nos échanges.

Hongrie

L'évolution de la médiation civile et commerciale en Hongrie

Par Dr Gyengéné
Dr Nagy Márta
Vice-présidente du tribunal municipal de Szeged
et Dr Tóth Katalin

L'apparition et l'évolution de la médiation en Hongrie

Base juridique

Le cadre juridique de la médiation a été créé par la loi n° 55 de l'an 2002 sur la procédure applicable à la médiation en matière civile et commerciale entrée en vigueur le 17 mars 2003, qui élabore les règles générales de la procédure de la médiation, détermine les services de médiation, ainsi que les conditions de recourir à une médiation pré-judiciaire ou remplaçant le litige dans le cadre des affaires civiles et commerciales. La loi réglant la médiation extrajudiciaire doit être respectée par les médiateurs et les parties ayant recours à cette procédure, mais ne peut pas être appliquée automatiquement et directement dans les procédures judiciaires.

En matière pénale, le Code pénal a déjà rendu possible l'application de la médiation dans le cadre des affaires pénales ; de plus, des recherches se poursuivent dans le domaine de la médiation en prison, et la pratique de ce domaine de médiation est en train de se développer.

Médiation en matière civile

Dans le domaine du droit civil, les parties ont la possibilité de recourir à une procédure de médiation, soit à l'initiative du juge, soit à leur propre initiative. Le droit civil encourage les parties à engager une procédure de

médiation principalement avec la réduction des frais de justice : une partie du frais de la médiation peut être déduit du droit à payer, indépendamment du fait que la procédure de médiation a été engagée avant ou après l'ouverture de la procédure judiciaire. Par ailleurs, une sanction est prévue pour la partie qui saisit le tribunal en dépit d'un accord préexistant sur le même conflit, résultant d'une procédure de médiation. La partie saisissant le tribunal dans de telles conditions est condamnée au paiement des dépenses de la procédure judiciaire, ainsi qu'aux dépenses engagées par l'autre partie dans le cadre de la médiation.

Une forme de médiation obligatoire apparaît également dans la réglementation hongroise : le Code de procédure civile dispose qu'en cas de conflit matériel dans une société, la procédure judiciaire doit être toujours précédée d'une conciliation entre les associés, qui peut s'effectuer par un mode alternatif de résolution de conflit, et, notamment, par la conciliation entre les associés enregistrée par procès-verbal.

La médiation judiciaire

L'entrée en vigueur, en 2013, du chapitre sur la médiation judiciaire de la loi sur la médiation représente une étape remarquable de point de vue social de l'évolution de la médiation en Hongrie.

La procédure de médiation repose actuellement sur trois piliers particuliers :

- La procédure de médiation traditionnelle qui fonctionne selon les mécanismes du marché, qui est particulièrement flexible et s'adapte aux exigences des parties. Cette forme peut être engagée avant ou au lieu de la procédure judiciaire, la personne du médiateur, la date et même éventuellement le lieu de la médiation dépendent du choix des parties ; par conséquent, cette procédure peut être la plus coûteuse pour les parties.
- Le deuxième pilier est constitué par la médiation judiciaire en cours de développement : un assistant de justice ou magistrat plus expérimenté qui travaille au tribunal est à la disposition des parties sans frais, si les parties, après avoir saisi le tribunal, décident de résoudre leur conflit dans le cadre d'une médiation.

Actuellement, il existe 41 médiateurs judiciaires en Hongrie. Le système connaît du succès : 55 à 75 % des cas terminent par un accord des parties.

- Le troisième pilier est constitué de la médiation s'effectuant avec la coopération des associations. Dans cette forme de médiation, le tribunal est en relation contractuelle avec des instituts de médiation, qui peuvent être recommandés aux parties par le juge. Contrairement à la médiation judiciaire, cette forme de médiation n'est pas gratuite

pour les parties, mais elle est moins coûteuse que la médiation qui est dominée entièrement par les mécanismes du marché, et en même temps, elle est plus flexible que la médiation judiciaire en ce qui concerne la date et le lieu des sessions. Un autre avantage de cette forme se manifeste dans la faculté des parties de choisir comme médiateur une personne qui a une expertise dans la matière objet du conflit. Le directeur de l'institut qui est en relation contractuelle avec le tribunal peut également aider les parties à régler leur conflit.

Médiation obligatoire en matière de droit de la famille

Le Livre du droit de la famille du nouveau Code civil entrant en vigueur le 15 mars 2014 met fin à la nature exclusivement volontaire de la médiation. Le juge pourra obliger les parents à se présenter à une session informative sur la médiation dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale et le droit de visite, s'il l'estime nécessaire afin de créer la coopération et le maintien de contact entre les parents. Dans ce cas, les parents doivent prouver au juge dans un délai de deux mois qu'ils se sont présentés devant le médiateur et qu'ils ont écouté les renseignements sur la procédure.

Afin d'intégrer parfaitement la procédure de médiation dans la procédure judiciaire, il est indispensable de l'insérer dans le Code de procédure civile, de modifier les règles de procédure, d'assurer l'accès à un moindre frais ou dans certains cas gratuitement à la médiation, de changer la mentalité des acteurs du droit, d'élargir les méthodes de formation des médiateurs et d'établissement de la pratique des supervisions.

Si les frais de justice étaient augmentés, l'utilisation et l'efficacité de la procédure de médiation seraient considérablement améliorées, car contrairement à la majorité des pays européens, en Hongrie, il n'y a pas de différence importante entre les frais litigieux et les frais de la médiation (dont la diminution serait injustifiée), ainsi, l'aspect financier ne peut pas réellement inciter les parties à recourir à des modes alternatifs de résolution de conflit.

Cadre organisationnel

GEMME en Hongrie

La section hongroise de GEMME a été créée à la fin de 2007. La section est composée principalement de juges, qui exercent leurs activités professionnelles de juriste avec une approche commune concernant les nouveaux modes alternatifs de résolution de conflit, et qui ont comme objectifs d'acquérir des connaissances sur la procédure de médiation et de connaître et employer les meilleures pratiques utilisées à l'étranger. Ils ont

attribué une importance aux efforts visant la promotion de la procédure de médiation dans la société. Ils ont encouragé l'utilisation de ce mode alternatif de résolution de conflit par les juges et les avocats au cours de leurs activités professionnelles. La section se compose actuellement de neuf juges, un avocat-médiateur et un avocat individuel, son président est la vice-présidente de GEMME, Dr Gyengéné, Dr Nagy Márta, juge spécialisé en droit de famille.

Dans l'objectif de promouvoir l'utilisation la plus efficace de la médiation, le 11 mai 2011, à Budapest, la section hongroise avec ses 18 membres fondateurs a créé « Judges for the Médiation Association », une organisation autonome dotée d'une personnalité juridique. La création de l'association, comptant 42 membres en 2014, avait un double avantage. D'une part, la section hongroise de GEMME peut compter sur l'aide, la coopération et les suggestions des membres de l'association qui ne souhaitent pas devenir membres de GEMME, mais qui sont en accord avec les objectifs de ce dernier ; d'autre part, au sens du droit hongrois, une organisation en forme d'association, contrairement à une organisation en forme de section, a la possibilité de solliciter des subventions.

Le rôle de la section dans la diffusion de la médiation

À l'occasion de la conférence de deux jours, organisée en juin 2013 à Kőszeg, la section hongroise a eu du succès concernant la diffusion de la médiation. Lors de cette conférence assistée par des juges, d'avocats, de procureurs et de notaires, les juristes exerçant tous des activités professionnelles différentes ont rendu compte de leurs expériences et pratiques concernant la médiation, ainsi que des faiblesses et des nécessités exigeant une amélioration et la coopération entre les différents métiers des juristes.

Programme expérimental de la médiation en Hongrie

Avec le soutien du ministère de la Justice et de la police, la contribution du Conseil National de la Magistrature et la participation de l'Association Nationale des Médiateurs, le projet expérimental national de médiation s'est déroulé entre le 1^{er} mars 2009 et le 1^{er} mars 2010 dans trois tribunaux : le tribunal de la capitale, le tribunal du travail de la capitale et le tribunal municipal de Szeged. L'objectif de ce programme et de ses participants était d'encourager la résolution amiable des conflits, principalement à l'aide des outils de la médiation, de contribuer à l'évolution de la culture de résolution de conflit en matière civile, familiale et commerciale et d'inciter le législateur et les juristes à intégrer la procédure de médiation dans les procédures judiciaires. En plus de ces impacts positifs individuels et sociaux, ce projet avait comme objectif de décourager le recours à la procédure

judiciaire, mode malheureusement « populaire » et en apparence « plus simple » de résolution de conflit, et de soulager ainsi les tribunaux.

Le succès du programme expérimental en matière de droit de la famille prouve que le recours à la médiation est très utile aux familles pour élaborer une future coopération et protéger les intérêts des enfants.

Le groupe de travail national de la médiation

À partir des expériences positives évoquées par l'étude d'impact préparée par le groupe de travail créé pour la direction du programme expérimental, le bureau national de la magistrature a renouvelé le fonctionnement du groupe de travail en 2012, car il joue un rôle important dans l'élaboration de la base juridique de la médiation, dans l'adaptation de la procédure judiciaire aux exigences de l'intégration de la procédure de médiation et dans l'assurance des conditions de son bon fonctionnement, ainsi que dans la préparation des tribunaux et des juges et la formation des médiateurs judiciaires.

Les expériences de la transposition de la directive et des dernières années en matière de médiation commerciale⁸¹

En Hongrie, les collègues d'arbitrage de représentation d'intérêts et de la protection des consommateurs ainsi que l'activité personnelle de communication des médiateurs jouent un rôle important dans l'évolution de la médiation commerciale. En règle générale, on peut noter qu'une partie des entreprises hongroises et internationales disposant d'un capital solide choisit l'arbitrage, une autre partie choisit plutôt la médiation parmi les modes alternatifs de résolution de conflit.

Ces entreprises informées par les voies mentionnées ci-dessus, et notamment les petites et moyennes et les microentreprises manquent de culture de communication et en matière de résolution des conflits. De nos jours, l'organisation efficace du travail et le niveau élevé de la communication et du marketing pour une entreprise fondée et fonctionnant en Hongrie sont considérés comme une performance innovante de l'entreprise. De plus, la situation commerciale du pays rend plus difficile de transposer la directive, car le développement des entreprises rencontre des obstacles à cause du recul du marché financier.

Des exemples positifs de médiation dans les entreprises s'occupant de la gestion, la construction, le développement, l'innovation des produits

⁸¹ Sources utilisées pour la partie sur la médiation commerciale :

1) Enquête sur la médiation – 2013, rapport préparé par la Chambre commerciale et industrielle de Budapest (www.bkik.hu)

2) Zoltán Varga – médiateur (www.amediator.eu)

intellectuels, des entreprises informatiques et celles qui sont présentes à l'international.

L'efficacité de la médiation commerciale

Dans cette situation défavorisée, sont à saluer l'augmentation de l'intérêt porté à la médiation, ainsi que son utilisation au cours des dernières années : ces trois dernières années, le nombre des affaires réglées par médiation a triplé par année en ce qui concerne les conflits entre acheteur et fournisseur dans le secteur des produits intellectuels et d'investissement, ainsi que dans le domaine de résolution de conflits sur le lieu du travail et la prévention des procédures judiciaires relatives à un litige de travail.

Champ d'application de la médiation commerciale

La plupart des entreprises ont recours à la médiation dans les affaires concernant des créances des acheteurs, le traitement des plaintes de la part des acheteurs, le traitement des créances des fournisseurs ; une partie des entreprises choisissent également la médiation pour les conflits en matière de droit du travail (indemnité de licenciement, licenciement, poursuite disciplinaire).

Les motifs des entreprises pour choisir la médiation

Les entreprises ont recours à la médiation soit parce qu'elles ne veulent pas résoudre le conflit par voie judiciaire, soit parce qu'elles ne croient pas qu'un éventuel litige servirait la représentation de leurs intérêts. Pour les entreprises, il est particulièrement avantageux que la médiation se déroule plus rapidement qu'un procès, qu'on puisse traiter un conflit plus discrètement et plus rapidement par médiation. De surcroît, le coût est également important, surtout pour les petites et moyennes entreprises, la médiation étant moins chère qu'une procédure avec la participation des avocats. De plus, ceux qui choisissent la médiation ont tendance de la choisir de nouveau à cause de leurs expériences positives.

Les motifs des entreprises pour ne pas choisir la médiation

Environ 50 % des entreprises en Hongrie persistent encore à recourir à une procédure judiciaire qu'elles considèrent comme mode officiel de résolution de conflit. Elles ne croient pas qu'un conflit puisse être résolu par des instruments de communication. Elles craignent également que la médiation révèle le côté humain et les facteurs mentaux et ainsi leur fasse perdre leur situation de pouvoir.

La durée de la médiation commerciale

En Hongrie, la médiation civile et commerciale dure environ 10-12 heures, y compris la période préparatoire qui peut parfois allonger la durée de la procédure. Les sessions durent en moyenne 4 heures. Dans la plupart des cas, cette durée est suffisante pour arriver à un accord, mais dans le cas où le nombre des parties impliquées augmente pendant la durée de la procédure de médiation, il est nécessaire d'organiser une nouvelle session pour établir un accord accepté par toutes les parties.

Les frais de la médiation commerciale

Selon la loi sur la médiation, les frais de la médiation, y compris le taux d'horaire du médiateur, sont déterminés avec l'accord des parties, en général ce montant varie entre 10 mille et 20 mille forints par heure, et le montant total des frais de médiation atteint au maximum 500 mille forints.

Avec optimisme, nous pensons que les changements dans la législation effectués en 2013-2014 rendront la médiation plus répandue et plus reconnue parmi les avocats et les clients, et ainsi deviendra prochainement une réelle alternative de résolution des conflits pour les citoyens avant ou après l'ouverture de la procédure judiciaire.

Bien que la médiation ne soit pas une panacée, son rôle important incontestable dans le maintien des relations humaines, peut faciliter la résolution amiable des conflits sociaux et ainsi améliorer le bien-être de la société.

Dans une situation de conflit, une partie importante de la société trouve plus convenable de déléguer la responsabilité de prendre une décision à une troisième personne, et notamment le juge, mais au cours de la procédure de juridiction se déroule une lutte des rapports de force et des preuves, une confrontation dans laquelle une partie gagne, l'autre perd. Dans la médiation, c'est la volonté des parties qui s'exprime, dans la coopération qui s'instaure toutes parties peuvent se sentir partie gagnante, puisque même si l'accord est déterminé par des intérêts, il provient de la volonté des parties. Pour cette raison, l'accord le plus mauvais vaut mieux que le jugement pris par le juge le plus expérimenté, pour ne pas mentionner un accord de haut niveau et approfondi obtenu par l'assistance d'un médiateur. Il existe une grande variété de modes alternatifs de résolution des conflits, et parmi ces modes c'est particulièrement la médiation qui considère les parties comme des personnes adultes et comme des personnes indépendantes, capables de prendre leurs décisions. Ainsi, ayant décidé elle-même de la solution mettant fin à son litige, une partie est plus motivée pour respecter l'accord conclu. C'est également la médiation qui permet le mieux le maintien de la communication entre les parties dans l'avenir. Ils existent de nombreuses

tendances de la médiation globalement, et parmi ces tendances, on connaît encore plus de techniques de résolution de conflit qui sont pratiquées avec du succès. GEMME non seulement contribue à une plus grande connaissance des modes de résolution de conflits, mais il permet également aux pays disposant d'une section au GEMME de connaître les meilleures techniques par l'échange d'expériences, et ainsi de développer les procédures nationales ; de surcroît, dans le domaine de conflits transfrontaliers, les pays membres peuvent créer des méthodes plus efficaces qu'une décision issue d'une procédure judiciaire traditionnelle en ce qui concerne la résolution du conflit et l'exécution de la décision.

Italie

Histoire de Gemme Italie

Par Donatella Salari

Juge du tribunal civil de Rome

La section italienne de GEMME est née, à Rome, le 2 juillet 2004, auprès du Conseil supérieur de la magistrature. D'après les statuts de l'association, c'est à cette date que la première assemblée constitutive a été convoquée.

Par acclamation, le professeur Sergio Chiarloni et le magistrat Giuliana Civinini ont été élus respectivement président et représentante de la section italienne au conseil d'administration de GEMME Europe. Il a été convenu que :

1) Les membres de la section italienne de GEMME devront œuvrer à mettre en place la formation des magistrats et autres acteurs de la médiation, pour diffuser les bonnes pratiques de médiation.

2) La section italienne de GEMME est une association de magistrats, mais elle ne doit pas se replier dans une dimension autoréférentielle. La section italienne de GEMME a besoin également, pour son existence même, de la collaboration de professionnels dans d'autres domaines, c'est-à-dire d'avocats, de psychologues, de professeurs d'université et de médiateurs. La nature et les fins de cette association exigent cette ouverture tout en respectant sa composition professionnelle.

3) Cette nécessité d'ouverture forte pour la section italienne est probablement la conséquence du caractère particulier des expériences de médiation et de conciliation en Italie. Afin de respecter cette particularité, la meilleure perspective pour l'action européenne de GEMME pourrait être la mise en place d'une organisation fédérative comme le prévoient les statuts.

4) L'action locale de GEMME doit se développer avant tout à travers des groupes de travail.

La section italienne a pensé que l'organisation d'au moins cinq groupes de travail était indispensable :

- a) Un premier groupe spécialisé dans la médiation et la conciliation ;
- b) Un deuxième groupe pour régler les problèmes soulevés par les implications de la formation ;
- c) Un troisième groupe pour les règles déontologiques ;
- d) Un quatrième groupe pour approfondir les garanties et la protection du faible au sein des ADR (modes alternatifs de résolution des conflits) et en matière judiciaire.)
- e) Un cinquième groupe pour développer le thème des rapports entre le citoyen et l'Administration publique.

Lors de l'Assemblée ordinaire du 2 décembre 2004, il a été décidé de poursuivre le travail des groupes ci-dessus visés.

Le 5 mai 2006, le magistrat Irene Tricomi a été élue secrétaire générale et Maria Giuliana Civinini a été confirmée comme représentant italien au conseil d'administration de GEMME.

La diffusion de la culture de la médiation en Italie doit beaucoup à GEMME-Italie.

Le 18 mars 2006, la section italienne a organisé un congrès européen intitulé : « Les meilleures pratiques de la médiation en Europe » dans l'amphithéâtre de la Cour de cassation – Piazza Cavour, Rome – en collaboration avec GEMME.

En outre, la section italienne a été présente dans diverses initiatives institutionnelles dont la finalité a été de diffuser des bonnes pratiques en matière de médiation ; en voici les plus significatives :

Le 30 novembre 2006, à Rome, s'est tenu le séminaire : « La médiation comme stratégie moderne de résolution des conflits, en dehors et au sein du procès, en collaboration avec GEMME » dans lequel s'est déroulée une simulation de cas, où la tentative de conciliation a été expérimentée par Mme Donatella Salari.

Du 4 au 6 décembre 2006, s'est tenu, au Conseil supérieur de la magistrature, le séminaire : « Juger, concilier, résoudre par médiation ».

La section italienne a participé à la première conférence européenne sur la médiation, qui s'est déroulée à Vienne, du 27 au 29 septembre 2007, où elle a vérifié les premiers projets de la médiation en Europe et la consolidation des résultats de techniques de résolution alternative des conflits.

À l'assemblée de 2008 qui s'est tenue à Milan, une impulsion a été donnée à la diffusion des bonnes pratiques de médiation à travers les projets de mise en œuvre de la directive européenne 2008/52/Ce.

Au lendemain de l'entrée en vigueur de la directive européenne, à Rome, le 29 mai 2008, s'est déroulé un congrès organisé par la section italienne sur le thème : « Le point sur la médiation et la conciliation, une approche

moderne de déflation et de soutien de la juridiction », en collaboration avec GEMME.

Le 19 décembre 2008, à Rome, en collaboration avec GEMME, s'est déroulée la deuxième journée d'études sur la médiation sur le thème : « Les nouveautés législatives du projet lié au budget de l'État et l'engagement des institutions locales dans la baisse de la demande de justice ».

Enfin, le Parlement italien, aux termes de l'article 60 de la loi 69/2009, a chargé le gouvernement de prendre, dans les six mois de la date d'entrée en vigueur de la loi, une série de décrets législatifs en matière de médiation et de conciliation destinés à appliquer les principes cadres définis par la loi de transcription de la directive européenne en matière de médiation et de conciliation, du 21 mai 2008, 2008/52/Ce.

La délégation législative a donné vie au décret législatif du 4 mars 2010 sur la médiation visant à la conciliation dont les règles sont entrées en vigueur le 20 mars 2010.

L'Assemblée générale des membres de la section italienne de GEMME, convoquée à Rome le 18 septembre 2010, a nommé :

Président : Carmela Cavallo (président du tribunal pour les mineurs de Rome, ex-président de la commission pour l'adoption internationale et ex-chef du département de la justice des mineurs) ;

Secrétaire général : Sergio De Nicola (magistrat) ;

Trésorier : Giovanna Di Bartolo (magistrat honoraire auprès de la Cour d'appel section des mineurs de Florence).

Le 2 juin 2011, à Rome, une rencontre de la section a eu lieu sur le thème : « Rapport entre juge et médiateur ».

Avec le d.l. du 21 juin 2013 n° 69, le titre de médiateur a été reconnu aux avocats par la loi.

L'Assemblée générale des membres de la section italienne de GEMME, convoquée à Rome le 1^{er} décembre 2012, a confirmé Mme Cavallo dans son rôle de président, alors que tous les membres du comité directif, non rééligibles d'après les statuts, ont été remplacés :

Président : Carmela Cavallo ;

Secrétaire général : Monica Velletti (magistrat, expert juridique à la présidence du conseil des ministres, ex-chef du bureau législatif du ministère pour l'égalité des chances).

Trésorier : Carla Scarfagna (magistrat honoraire auprès de la Cour d'appel section des mineurs de Rome).

Représentant de GEMME Italie à GEMME : Sabrina Avakian (magistrat honoraire auprès du tribunal pour les mineurs de Rome).

Le prof. Sergio Chiarloni, ancien président de la section, a été nommé membre honoraire.

La section a toujours son siège auprès de la Cour de cassation (Piazza Cavour, 00193 Rome).

Depuis 2010, sous la direction du président Cavallo, la section italienne de GEMME a effectué différentes activités de formation et de confrontation sur la culture de la médiation à travers des congrès, des séminaires et des réunions.

Les plus importantes ont été :

- Congrès : « Les domaines d'application de la médiation : confronter les expériences ». Avec l'intervention du chef de département du bureau législatif du ministère de la Justice. Réunion d'étude dans la salle de conférences du tribunal pour les mineurs – 5 novembre 2010.

Un cycle de réunions avec les services sociaux, les médiateurs, les professeurs, les magistrats et les avocats :

1° « Qu'est-ce que la médiation familiale et qui est le médiateur ? » – Rome le 16 mai 2011 ;

2° « La formation du médiateur » – Rome le 30 mai 2011 ;

3° « Projets innovateurs et nouveaux horizons de la médiation créative » – Rome le 6 juin 2011 ;

4° « Les services sociaux et la médiation familiale. Les expériences du Latium » – Rome le 13 juin 2011 ;

5° « Les rapports entre juge et médiateur » – Rome le 20 juin 2011 ;

6° « Qu'est-ce que la médiation familiale et qui est le médiateur ? » – Rome le 27 juin 2011.

En 2012, un groupe de recherche a été créé pour étudier la réglementation sur la médiation en Italie.

D'autres congrès ont été organisés sur les thèmes suivants :

- « La médiation pénale : droits de la victime et garantie de l'accusé » – Rome, salle de conférences du tribunal pour les mineurs, 1^{er} mars 2013 ;
- « La réalisation d'un pont entre école et famille. La médiation scolaire : quelle ressource du futur ? », colloque organisé avec l'association des avocats italiens spécialisés dans le droit du mariage ; Campobasso, 10 mai 2013 ;
- « Violences contre les femmes ». – Rome, salle de conférences du tribunal pour les mineurs, 17 mai 2013 ;
- « La médiation familiale en Italie, en Europe, en Argentine. Droit et pratique en confrontation ». – Pordenone, salle d'audience du tribunal de Nicola, 20 septembre 2013 ;
- « Parentalité et identité du genre », avec l'intervention des neuropsychiatres, pour la plupart experts sur le sujet, à Rome, salle des congrès du tribunal pour les mineurs, 29 janvier 2014 ;
- « La médiation pour la famille en crise. La gestion et la résolution des conflits pour la protection du couple et des

enfants », salle de théâtre I.C. « A. De Curtis », via Antonio Meucci, 3, Casavatore (NA), samedi 1^{er} février 2014.

- « La médiation pénale des mineurs » organisée par GEMME section italienne en collaboration avec l'Ordre des avocats de Rome et l'Institut national de pédagogie familiale – tribunal pour les mineurs de Rome, salle de conférences, 5 mars 2014. La section italienne a participé, en 2013, à un appel de l'Union européenne sur la médiation interculturelle : « Title of the project : JUST/2013/JCIV/AG/4628 “Judicial Intercultural Communication in Family Mediation” » qui voit comme coordinateur : Craiova Court of Appeal (Roumanie) et les Co-beneficiaries : Cluj Court of Appeal (RO), Timisoara Court of Appeal (RO), County Court of Rijeka (HR), Differenza Donna (IT).

La même année, la section italienne a acquis une personnalité juridique en se constituant en association.

En 2014, la section italienne a également souscrit à un protocole avec l'Université Rome 3 pour le développement de la culture de la médiation.

Actuellement, la section italienne se compose de plus de 100 membres et est structurée en 5 groupes :

- 1) Médiation familiale ;
- 2) Médiation pénale ;
- 3) Médiation civile et commerciale ;
- 4) Médiation scolaire ;
- 5) Médiation interculturelle ;

Médiation civile et commerciale en Italie. La transposition de la directive 2008/52/EU

Par Marcello Marinari

Introduction

Les années 2008-2013 marquent l'un des plus importants, même si cela est contradictoire, pas sur le chemin de la médiation en Italie. Au cours de ces cinq années (2008-2013), la médiation et la législation concernant la médiation ont été un point névralgique des réformes judiciaires italiennes, l'introduction d'une tentative obligatoire de médiation préalable à une action judiciaire (pour un certain nombre de litiges) est devenue une affaire de vie ou de mort, et le débat sur la médiation est devenu de plus en plus aigu.

Finalement, lorsque l'affaire fut portée devant la Cour constitutionnelle italienne par un certain nombre d'associations d'avocats, la Cour estima que les dispositions du décret-loi n° 28/2010 sur la médiation, concernant la tentative de médiation obligatoire, excédaient les pouvoirs délégués au gouvernement par la loi n° 69/2009.

En conséquence, la pratique de la médiation, malgré la volonté de chacun, disparut quasiment, et une nouvelle période d'incertitude commença, une longue traversée du désert, jusqu'à ce qu'une nouvelle loi, pas moins controversée, entre en vigueur en septembre 2013.

En fait, l'utilisation d'une alternative au jugement des conflits, bien que largement oubliée, a été un mécanisme traditionnel pendant longtemps en Italie.

À la fin du XIX^e siècle, la plupart des conflits aboutissaient à un règlement judiciaire devant le juge conciliateur, le plus bas niveau de la juridiction.

Il n'y a pas de doute que la valeur monétaire de ces affaires était extrêmement faible, en raison de la pauvreté de la population italienne, dans une société qui était profondément différente d'aujourd'hui, mais où il y avait déjà, d'après les chiffres, un culte de la religion très répandu.

Cette sorte de règlement judiciaire était extrêmement différente du concept moderne de la médiation, même si elle peut être correctement comprise, grâce à un concept largement appliqué dans les systèmes anglo-saxons du *Common Law* judiciaires, parmi les mécanismes de gestion des affaires.

Avant toute chose, le juge conciliateur (apparemment une sorte d'oxymore, d'un point de vue moderne) combinait le pouvoir de résolution de l'affaire et le pouvoir de trancher sur le fond, dans le cas d'un échec de la tentative de règlement.

En conséquence, aucune confidentialité ne pouvait et ne peut toujours pas, même dans ce règlement judiciaire actuel, être garantie aux parties, contrairement à l'une des caractéristiques fondamentales de la médiation.

Ensuite, le règlement judiciaire se focalise principalement sur l'aspect légal de l'affaire, et a généralement tendance à être vu par les avocats comme un accord impliquant des concessions réciproques et proportionnelles, émanant des deux parties, à la réparation sollicitée par le demandeur, ainsi qu'un renoncement pour le défendeur à se défendre, s'approchant de la notion juridique de compromis.

De plus, devant le « *Guidice Conciliatore* » (le juge conciliateur), la Cour utilisait fréquemment, à des fins autoritaires et paternalistes, davantage de foi, dans le but de parvenir à un accord.

La tentative de règlement judiciaire est encore possible pour les parties devant les Cours italiennes, mais ce n'est plus obligatoire, même si la Cour, au regard de la récente réforme, a donné un pouvoir supplémentaire et controversé, à savoir le pouvoir de rédiger un accord écrit (« *proposta conciliativa* » – proposition de convention) que les parties peuvent accepter ou non, le choix n'étant pas sans conséquences en termes de frais de justice, à la fin du procès.

Ce nouveau pouvoir de gestion des affaires peut aussi être considéré, dans un paysage plus large, comme une émergence supplémentaire, et une preuve claire, des changements qui ont déjà eu lieu, et de ceux à venir.

La manière dont un certain nombre de juges italiens ont utilisé ce pouvoir apparaît peut-être comme le point de départ d'une nouvelle tendance de combinaison de règlement des différends avec d'autres mécanismes, et de l'intégration de ces deux manières de résoudre les conflits, transformant le concept et le mécanisme d'ADR en une nouvelle notion d'IDR (Résolution de conflit intégrée).

GEMME, dès le début de son existence, en Europe comme en Italie, avait l'ambition de jouer un rôle de leader dans le mouvement de la médiation européenne, et dans la coordination et le rassemblement de toutes les

initiatives amorcées en faveur de la médiation, et l'étude et la diffusion de ces nouvelles expériences fut peut-être le meilleur moyen d'améliorer un rôle important et décisif.

En Italie, pendant longtemps, en plus du règlement judiciaire mentionné ci-dessus, nous avons eu (et nous avons toujours, dans certains domaines du droit), un certain nombre de règles de procédure nécessitant une tentative de règlement (la loi italienne définit les tentatives de règlement comme obligatoire de conciliation – *tentativo obbligatorio di conciliazione*) avant de saisir le tribunal de l'affaire, en tant que condition préalable obligatoire pour commencer la procédure.

Une partie du service de contentieux de la télécommunication, plus récemment incluse dans la liste, applique ces lois (qui ne s'appliquent plus aux demandes d'emploi) aux procédures de l'emploi, conformément à l'article 410 du Code de procédure civile, et à tous les différends énumérés à l'article 409 du Code de procédure civile qui sont soumis aux règles fixées pour la procédure de l'emploi (c'est-à-dire aux différends de l'agence et les conflits agraires.)

Des dispositions particulières s'appliquent en matière familiale : séparation judiciaire, divorce. Au cours de la première rencontre, le juge entend le mari et la femme, séparément ou conjointement, et puis tente une conciliation avant de continuer la procédure.

En outre, le juge de paix (le plus bas échelon de la Cour, traitement des petites créances), conformément à l'article 320 du Code de procédure civile, en plus des pouvoirs ordinaires, peut accorder aux parties, quelle que soit sa compétence, un recours à une tentative préalable à l'action afin de parvenir à un règlement du différend.

De la législation spéciale à la législation générale sur la médiation

La médiation, c'est-à-dire celle basée sur le concept moderne de la médiation, a été initialement introduite et utilisée, sur la base du volontariat, dans le système italien par la législation relative aux chambres du commerce, depuis 1993, avec l'objectif de résoudre les différends dans les litiges entre clients et entreprises, puis a été employée dans un nombre de questions particulières.

Dix ans plus tard, en 2003, le décret législatif n° 5 introduit une disposition particulière concernant les litiges en entreprise, et sur certaines questions financières.

(Au cours des années 1990, la médiation a été peu et mal connue en Italie, même parmi les avocats et les juges, une partie limitée d'experts et de professionnels, pratiquant la médiation mentionnée ci-dessus par la chambre du commerce, avec une référence particulière à un certain nombre d'entre eux, les plus actifs, et pour quelques intervenants en milieu de travail.)

Cependant, le Conseil supérieur de la magistrature, en 1998, organisa la première formation des juges, incluant non seulement la médiation civile et commerciale mais également la médiation pénale (justice réparatrice), dans la mesure où elle se pratiquait en Italie, en particulier par les tribunaux pour mineurs, par la Cour supervisant l'application des peines et par un certain nombre d'institutions communautaires.

Cette tendance n'a pas changé en substance durant la première partie de la décennie de l'année 2000, même si le nombre d'initiatives et de colloques, comme les cours de formation, se sont progressivement développés, et que le premier système de renvoi à la médiation au sein d'une Cour a pris place à Milan (*progettoconciliamo*) en 2005.

Dans le même temps, en mars 2006, dans le bâtiment de la Cour de cassation de Rome, GEMME a tenu son assemblée générale, organisée par la section italienne, qui a récemment commencé ses activités.

Pourtant, selon les chiffres (en particulier ceux de la chambre européenne, la collecte des données des chambres du commerce) le nombre de demandes de médiation en Italie, à la veille de la mise en œuvre de la directive de l'UE, ne dépassait pas 15 000 par an, une partie ayant été effectuée de manière obligatoire, comme une exigence préalable aux réclamations des consommateurs dans le domaine du service des différends de la télécommunication.

La mise en œuvre de la directive de l'Union européenne

L'Italie a mis en œuvre la directive européenne en 2010, lorsque le gouvernement italien, comme nous l'avons dit précédemment, a publié le décret législatif n° 5, appliquant l'article 69 du texte de la réforme judiciaire de 2009, l'objectif prépondérant était, d'un point de vue politique, de réduire le retard de plus en plus important des tribunaux civils, et la durée excessive des procès civils (violant la disposition de l'article 6 de la DDHC et l'article 111 de la Constitution italienne), les deux recouvrant la notion de procès équitable « dans un délai raisonnable ».

La nouvelle législation est entrée en vigueur en mars 2010, à l'exception des dispositions concernant la tentative obligatoire de pré-action en médiation, qui prend effet plus tard, en mars 2011. Deux décrets ultérieurs du ministère de la Justice (n° 180/2010 et 145/2011) traitent, de manière plus détaillée, de plusieurs aspects des dispositions de la première législation.

Les piliers de la nouvelle législation générale étaient la tentative de médiation obligatoire pour certains types de différends, ce qui peut être défini comme un système de fournisseurs de médiation accrédités.

Seuls les accords de médiation conclus par une procédure structurée, avec l'aide d'un médiateur accrédité désigné par un intervenant de médiation accrédité (après avoir assisté à un cours de formation d'un intervenant agréé)

peuvent être homologués par la Cour (approuvés par la Cour) et devenir exécutoires.

Les parties peuvent opter pour une médiation non « accréditée », pratiquée par des médiateurs indépendants ou des organismes de médiation, comme la négociation privée, mais sans bénéficier des avantages fiscaux et de la force exécutoire de l'accord.

En particulier, en référence aux définitions de bases, la médiation est un service offert par une ou plusieurs entités, autre qu'un juge ou un arbitre, dans des conditions d'impartialité et ayant pour but de régler un différend né ou à naître entre les parties par le biais de méthodes favorisant un règlement autonome, soit en aidant les parties (comme dans la définition de la directive de l'UE), soit (possibilité supplémentaire) en proposant aux parties une solution pouvant leur convenir (article 1 du décret-loi 28/2010).

Le mot « conciliation », selon le même article, décrit le résultat positif de l'ensemble de la procédure de médiation, le règlement du litige en lui-même.

L'ensemble de la procédure est parfois défini, notamment par les adversaires, comme une *mediaconciliazione* (média-conciliation).

La nouvelle législation s'applique à la résolution de tous litiges civils et commerciaux, en particulier ceux concernant ce qu'on appelle « les droits disponibles », c'est-à-dire les droits auxquels une personne peut renoncer légalement.

Au regard de la législation de 2010, les procédures de médiation commencent par le dépôt d'une demande de tentative de médiation auprès d'un prestataire agréé, lequel nomme un médiateur, et tente d'organiser une rencontre conjointe dans les 15 jours suivant la demande, et qui doit prendre fin dans les 4 mois (selon les termes initiaux, puisque la nouvelle législation a récemment changé pour une durée de 30 jours et 3 mois).

La non-comparution à la session sans justification peut être utilisée par la Cour comme une preuve supplémentaire, et la partie absente peut se voir obligée de payer deux fois les frais engendrés par le procès ultérieur.

Quand les parties ne parviennent pas à résoudre leur conflit, le médiateur peut leur proposer un accord formel (*la proposta del mediatore*) de manière discrétionnaire, et doit le faire à la demande de chacune des parties.

Le rejet de la proposition de la convention peut avoir des conséquences, en ce qui concerne le remboursement des frais du procès, pour la partie gagnante, en termes de coûts de déplacement. Les deux propositions et les réponses des parties seront communiquées à la Cour.

La tentative de médiation, en vertu de la législation de 2010, était obligatoire, comme condition préalable à l'action en justice, dans un certain nombre de domaines, ex : conflits de voisinage (en copropriété), conflits entre locataires-propriétaire, divisions des biens, les prêts (dettes), contrats de location de société, indemnisation en cas d'accidents de véhicules à

moteur ou de bateau, erreur médicale, calomnie (diffamation), assurance, banque et contrats financiers.

En réalité, l'obligation n'était applicable qu'à l'une des parties : il était facultatif pour l'autre partie de comparaître devant la Cour, même si son choix n'était pas totalement sans risque, comme nous l'avons déjà dit.

En sus de cela, au cours de la procédure judiciaire, le juge, lorsque les parties étaient d'accord, pouvait renvoyer l'affaire à un organisme certifié de médiation, après avoir évalué la pertinence de ce choix, eu égard à la nature et au stade de l'affaire, sans nommer précisément le nom de ce dernier.

Une clause de médiation peut également être incluse dans la clause d'un contrat, et cette clause peut être exécutoire devant le juge.

Lorsque la tentative de médiation est obligatoire, à la fois par application de la loi et la clause contractuelle, la Cour, sur la demande d'une partie ou de sa propre initiative, peut ordonner, dans le cadre d'une procédure, la tenue d'une nouvelle audience après la médiation et fixer une date limite de dépôt d'une demande de médiation.

Dans le régime de la législation d'origine, lorsque les parties sont parvenues à un accord, soit pendant le processus de médiation ou après la proposition du médiateur, ils devaient soumettre le procès-verbal de l'accord (*verbale di accordo*) à la Cour, pour son homologation, sous réserve que l'accord ne soit pas (et cette règle n'a pas changé après la nouvelle réforme) contraire à l'ordre public ou aux règles obligatoires générales prévues dans le droit des contrats.

Conformément au choix des législateurs italiens pour un système d'accréditation, chaque organisme de médiation (*Organismo di Mediazione*), qui peut être une entité publique ou privée mentionnée ci-dessus, doit être inscrit au registre national, en vertu de l'article 16 du décret 28/2010, suivant son propre code de déontologie qui peut intégrer de manière significative les dispositions du décret.

Professionnalisme et efficacité sont les deux principales exigences pour les organismes de médiation qui veulent pouvoir s'inscrire dans le registre national. Des sections distinctes du registre sont établies pour les organismes de médiation spécialisés. Le registre national des organismes de médiation se décompose en des listes distinctes pour les organismes publics et pour les entités privées. Les barreaux locaux, les chambres du commerce et les organisations professionnelles bénéficient d'une procédure rapide d'enregistrement.

Les médiateurs, au sens de ceux qui veulent pratiquer la médiation « accréditée », ont à s'inscrire sur la liste de médiateurs d'un organisme agréé, après avoir suivi un minimum de 50 heures de formation. Une formation supplémentaire est requise tous les deux ans, par la participation d'au moins 18 heures de cours, et d'avoir conduit au moins 20 médiations.

Un registre national différent est établi pour les organisations professionnelles accréditées par le ministère de la Justice pour la formation des médiateurs (*organismi di formazione*).

Toutes les règles de médiation adoptées par les organismes de médiation doivent garantir la confidentialité du processus de médiation, l'impartialité et la compétence (« appropriée », selon l'article 8 du décret) des médiateurs nommés par l'organisme pour mener à bien une procédure rapide. Chaque code des organismes peut proposer le nom d'un des médiateurs de l'organisation, lorsque les parties sont d'accord. Les règles des codes doivent appliquer les principes de base de l'information de la rapidité et de la confidentialité. Ils doivent également fournir un lieu de médiation (qui peut être modifié seulement par l'accord des parties), le médiateur doit signaler expressément tout éventuel conflit d'intérêts qui se pose à lui au regard de sa déclaration d'impartialité. L'inscription à un organisme de médiation emporte des conséquences significatives ; une fois inscrit, ni cet organisme ni le médiateur ne peuvent refuser de fournir un service de médiation à moins d'exciper d'un motif valable.

Les avocats ont le devoir d'informer leurs clients sur la possibilité ou la nécessité de la médiation (lorsqu'elle est obligatoire) et de spécifier tous les bénéfices de cette procédure. L'information doit être fournie par écrit, signée par le client, et peut être jointe au formulaire de demande. Lorsque le document d'information signé n'est pas joint à la demande, la Cour informera la partie sur le caractère obligatoire ou facultatif de la médiation.

Le médiateur et tous les participants à la médiation ont l'obligation de garder confidentielles les informations données au cours du processus (à l'exception de l'absence d'une partie à la séance de médiation et de la proposition du médiateur, comme dit ci-dessus) et ne peuvent être utilisées devant la Cour. Les mêmes principes s'appliquent pour les informations échangées en aparté (*caucus*), le médiateur ne pouvant faire part de ce qui a été dit pendant cette rencontre à l'autre partie sans son accord au préalable.

Contrairement aux procédures judiciaires, tous les actes de médiation, les documents et les accords jouissent d'une exonération fiscale totale, et l'accord doit être enregistré seulement lorsqu'il excède 51 648 euros.

Les parties rémunérant le médiateur peuvent bénéficier d'un crédit de 500 euros.

Les honoraires, pour la médiation volontaire et obligatoire, sont fixés par la loi en fonction du montant du litige, sachant que chaque partie doit verser une taxe de 40 euros pour débiter la procédure. Le décret prévoit 10 niveaux de montant d'honoraires, le plus bas étant de 40 euros pour les litiges portant sur des montants de 1 000 euros, et le plus élevé étant de 10 000 euros pour les litiges portant sur des montants de 5 000 000 euros. Les redevances sont fixées, quelle que soit la durée de la médiation ou le nombre de médiateurs impliqués.

Les entités privées sont libres de déterminer le montant de leurs honoraires pour leur service de médiation, à l'exception des médiations obligatoires, où seuls les honoraires standards peuvent être appliqués.

Les montants sont susceptibles de varier à la baisse ou à la hausse : une réduction est appliquée si la médiation est obligatoire ou si elle n'a pas abouti à un accord, augmentation en cas de proposition faite par le médiateur et complexité de l'affaire. Les statistiques officielles fournies par le ministère de la Justice montrent qu'entre mars 2011, lorsque la tentative de médiation obligatoire était en vigueur, et octobre 2012, date de la décision de la Cour constitutionnelle, 220 000 procédures de médiation ont été déposées, environ 35 % d'entre elles ont eu lieu, après que la partie a accepté de comparaître, avec un succès d'environ 50 %.

En outre, les avocats, les organismes d'avocats, et les organismes sociaux et économiques, ne se sont pas opposés à la médiation. Beaucoup d'avocats, en réalité la grande majorité des médiateurs, comme les associations locales et nationales, ont soutenu la médiation et les organismes de médiation.

Il est important de noter que, même parmi les partisans de la médiation et la tentative obligatoire de médiation, la critique la plus importante faite au nouveau système de médiation concerne la qualité et la fiabilité des organismes de médiation, appelant à une meilleure sélection des intervenants de médiation et des médiateurs, et mettant l'accent sur le nombre excessif de ces organismes et de ces médiateurs (ils étaient environ 40 000 à la fin de la phase de « médiation obligatoire »).

Comme nous l'avons déjà dit, « the Italian Lawyers Unified Organization » (OUA) a mené l'opposition contre la tentative de médiation obligatoire, en appelant à trois grèves nationales, et en s'opposant à la législation sur la médiation devant un certain nombre de Cours, avec un certain nombre de demandeurs individuels.

Le « Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio » (TAR), Cour administrative régionale et d'autres cours ont porté l'affaire devant la Cour constitutionnelle italienne pour une révision constitutionnelle (dans le système italien, seule la Cour peut porter l'affaire devant la Cour constitutionnelle), estimant que les réclamations n'étaient « pas manifestement dénuées de fondement », selon trois motifs :

– Premièrement, le décret 28/2010 a dépassé le cadre de la délégation prévue par la loi, l'introduction d'une tentative de médiation obligatoire n'ayant pas été envisagée dans la loi n° 69/2009.

– D'autre part, le décret violait la Constitution italienne en introduisant une médiation trop onéreuse, créant une barrière de fond à l'accès à la justice,

– Et troisièmement, violait la Constitution en n'assurant pas la qualité des médiateurs.

La Cour constitutionnelle, le 23 octobre 2012, a finalement estimé que l'article 5 du décret (introduisant la tentative de médiation obligatoire) et un nombre d'articles associés excédaient les pouvoirs conférés par délégation et violaient l'article 77 de la Constitution italienne. Ainsi, la Cour, d'un autre côté, n'a pas même examiné la validité constitutionnelle des dispositions introduisant la tentative de médiation obligatoire, pas plus que la conformité à la directive européenne, en notant simplement que la directive n'incluait qu'une faculté, mais pas une obligation, pour les législations nationales, d'introduire une tentative de médiation obligatoire.

Toutefois, la réaction des professionnels et du grand public montre qu'ils ont compris que la Cour constitutionnelle avait complètement annulé la législation sur la médiation. Ainsi, la tendance encourageante de la médiation, à se développer de manière spectaculaire, a soudainement diminué, pour finir par stagner.

Les chiffres montrent que, durant l'année 2013, avec la nouvelle réforme sur la médiation, le nombre total de tentatives de médiation en Italie était d'environ 1 000, soit largement moins que lorsque la tentative de médiation obligatoire était en vigueur.

Cela a pris un certain nombre de mois, pour les promoteurs de la médiation, de reprendre conscience, après le choc, mais en 2013, ils recommencèrent à nouveau la campagne en faveur d'une nouvelle loi sur la médiation, conservant l'expérience d'un an et demi de médiation, et de la médiation obligatoire.

En outre, une nouvelle question a émergé, liée à l'objectif de la directive européenne, c'est-à-dire non seulement celle de faciliter l'accès à l'ADR et de promouvoir le règlement amiable des conflits mais aussi, et ce n'est pas moins important, d'assurer une relation d'équilibre entre la médiation et les procédures judiciaires, ce qui implique nécessairement pour chaque État membre non seulement l'obligation de faire attention aux critères de sélection de référence des affaires, mais aussi l'obligation d'atteindre un taux minimum de médiation.

En Italie, selon les deux seules enquêtes nationales publiées au cours des 15 dernières années, près de 50 % des actions en justice n'atteignent pas le jugement final, quel que soit l'impact de la médiation, et l'introduction d'un mécanisme d'ADR efficace peut entraîner une importante réduction de la durée nécessaire pour résoudre l'affaire.

En 2013, le nouveau gouvernement italien a proposé une nouvelle réglementation, reprenant le décret-loi n° 69, en juin 2013, qui a porté sur plusieurs questions et problèmes dans les domaines économique et social, et la législation, après avoir été approuvée par le Parlement en août, entra en vigueur le 20 septembre.

Les principaux changements concernent tout d'abord le préliminaire à l'action, le remplacement de la tentative de médiation obligatoire précédente ; ensuite, l'obligation de représentation légale des parties et le

rôle des avocats, qui fut l'une des plus importantes demandes des associations d'avocats ; et troisièmement, une ordonnance de médiation qui peut être délivrée par la Cour, de sa propre initiative.

La nouvelle législation a introduit un nouveau régime obligatoire, pour un certain nombre de domaines (quasiment le même que celui prévu dans la législation précédente, hormis dans le cadre des accidents automobiles et de bateaux), une séance obligatoire d'information sur le processus de médiation (*il primo incontro* – la première rencontre).

Comme prévu dans la législation précédente, avant de déposer plainte dans les matières concernées, le demandeur doit présenter une demande de médiation auprès d'un organisme de médiation agréé, qui sera signifiée à l'autre partie, après la fixation de la date de la première rencontre, dans un délai de 30 jours.

Comme dans la précédente tentative de médiation obligatoire, la partie avisée n'a pas l'obligation de se présenter devant le médiateur, avec les mêmes conséquences en termes de coûts et de frais de justice.

Lors de la première rencontre, en vertu de l'article 8 du décret, le médiateur doit clarifier l'objectif et la procédure de médiation, et puis demande aux parties si elles acceptent le processus de médiation, qui commencera immédiatement.

Lorsque les parties ne sont pas d'accord, elles n'ont à payer que 40 euros d'honoraires.

La durée totale de la procédure de médiation ne doit pas excéder 3 mois.

Le même mécanisme s'applique lorsque les parties ne parviennent pas à présenter la demande, si elle est obligatoire, avant le dépôt de l'affaire. La Cour, comme prévu par les règles de procédures précédentes, ordonne (une suspension) dans le cadre de la procédure, pour le temps nécessaire au processus de médiation.

Lorsque les parties trouvent un accord, et qu'elles sont représentées par un avocat, comme c'est le cas lorsque la procédure est obligatoire, aucune homologation par la Cour n'est nécessaire, pour donner force exécutoire à l'accord. L'accord ayant été signé par les avocats, c'est eux qui ont pris la responsabilité de l'examiner et de veiller à ce qu'il ne viole pas l'ordre public et les règles obligatoires.

Les mêmes règles s'appliquent aux procédures de médiation volontaire.

Le nouveau mode « souple » de médiation obligatoire, concerne certaines des questions les plus cruciales et controversées de la législation d'origine, évitant juste d'enfreindre l'article 24 de la Constitution italienne, et d'introduire un obstacle de fond à l'accès au système judiciaire.

Comme nous l'avons déjà mentionné, un autre changement significatif (à mon sens le plus important) concerne le pouvoir de décision de la Cour de renvoyer une affaire en médiation, sans le consentement des parties, sans qu'aucune demande de médiation obligatoire ne soit nécessaire.

Contrairement au mécanisme du préliminaire à l'action obligatoire, le renvoi à la médiation par la Cour n'est pas automatique, mais basé sur une sélection au cas par cas, et peut s'avérer plus efficace, sur le long terme, du fait de sa souplesse.

En outre, l'ordonnance de la Cour peut être combinée avec la nouvelle procédure de règlement judiciaire introduite par l'article 185-bis du Code de procédure civile, du même décret.

Comme nous l'avons déjà mentionné, un certain nombre de juges a tenté d'intégrer la proposition de règlement avec l'ordonnance de médiation, si la proposition ne parvient pas à être acceptée par les parties. Je pense que la proposition en elle-même, ainsi que le raisonnement de la Cour d'ordonner un renvoi de l'affaire en médiation, peut être un accord-cadre très efficace, encourageant les parties à régler l'affaire.

De plus, dans les années à venir, dans la même affaire, le règlement judiciaire et l'orientation à la médiation sur un certain nombre de questions pourront se combiner avec un jugement sur les autres questions.

En d'autres termes, un système de résolution de conflit intégré, comme définit ci-dessus.

Conclusion

L'avenir de la médiation en Italie est incertain, pour l'heure, et personne ne sait si la belle endormie se réveillera ou se transformera en petite amie dans le coma.

Comme dans le roman de Conrad, les duellistes n'abandonneront jamais, et les seuls véritables perdants seront les citoyens italiens

Le nouveau mécanisme obligatoire pourra probablement être parfaitement compatible avec la Constitution italienne, mais ce ne sera pas un moyen de faire de la médiation, ou d'autres mécanismes d'ADR, réellement réussie, je veux dire pour faire de la médiation une voie ordinaire de résolution des différends, la seule, ou du moins la meilleure façon, approuvée par le barreau, ou du moins par la majorité de celui-ci, et pas seulement acceptée à contrecœur.

Je veux croire que les récents développements de l'attitude de la Cour peuvent montrer que seule l'intégration entre les procédures judiciaires et la médiation, et pas seulement la médiation, mais aussi l'arbitrage et les autres mécanismes d'ADR, pourront passer au travers de cette bataille sans fin, et créer un moyen efficace dans la résolution des conflits.

Parfois le jugement est nécessaire, parfois ce sont les ADR, mais cela peut aussi être une solution mixte.

Les médiateurs italiens et le mouvement de médiation n'ont pas réagi face aux critiques, malgré la mauvaise foi et l'agressivité, mais ont redoublé d'efforts pour convaincre ceux qui étaient encore sceptiques sur la qualité et les résultats positifs de leur travail.

Un aperçu de la médiation pénale et familiale en Italie

Par Sergio De Nicola, Andrea Sodi, Giovanna Di Bartolo

En Italie, nous avons organisé des conférences internationales afin de comparer les différentes réalités que recouvre l'application de la médiation au sein des divers pays européens dans tous ses domaines d'application (médiation civile et commerciale, familiale et pénale), avec la comparaison continue des connaissances d'experts européens membres de GEMME (Allemagne, Belgique, République tchèque, France, Espagne) :

- « La médiation familiale transfrontalière en Italie et en Europe », Firenze, 2010.
- « De la médiation pénale à la médiation familiale : Quel professionnalisme pour quelle justice ? », Catania, 2011.
- « Une vue de la médiation future. Médiation commerciale, médiation familiale et médiation pénale en action », Taormina, 2013.

La connaissance des bonnes pratiques, à travers laquelle la médiation opère, et les actions par lesquelles les objectifs sont atteints, permettent de résoudre efficacement les conflits.

La médiation pénale des mineurs et la médiation familiale

La médiation pénale italienne était initialement développée dans le système judiciaire pour mineurs.

En Italie, le centre de médiation pénale a opéré une collaboration constante entre les offices de justice des mineurs (Tribunaux, ministère Public), le centre de justice des mineurs (les services sociaux du ministère de la Justice) et les gouvernements locaux (Province et municipalités).

Ce fut fondamentalement l'implication et la volonté des juges et des assistantes sociales, qui permirent de commencer et de maintenir l'activité des centres de médiation pénale.

(Il était fondamental que l'implication et la volonté des juges et des assistantes sociales permettent de commencer et de maintenir l'activité des centres de médiation pénale)

Ce fut rendu possible par le « mémorandum d'intention » des institutions locales.

Il est important de noter que cela a donné l'idée d'une valeur « sociale » de la médiation, qui a été développée au niveau de l'institution locale, pour préserver le pays lui-même de l'augmentation de la délinquance et du comportement déviant.

Les cours pratiquent la médiation pour les infractions telles que : vol avec port d'arme illégal, coups et blessures, bagarre, extorsion, actes obscènes en public, vol qualifié, atteintes physiques et à la bienséance.

Parfois, le choix fut fait de traiter les cas qui peuvent être poursuivis par la déposition d'une plainte de la victime, et ceux dans lesquels le procureur était incertain de la Constitution de l'infraction (au regard de l'article 27 qui prévoit la clôture du dossier).

Le bureau du procureur a une grande influence sur la possibilité d'ouvrir une médiation. En fait, il anticipe par une lettre à la victime et à l'accusé, sur l'intervention de la médiation par l'office de médiation pénale.

En général, chaque requête auprès des offices de médiation doit émaner du ministère public des enfants, et également des services sociaux du ministère de la Justice.

La définition de la médiation peut être décrite comme la procédure qui crée ou recrée un lien, prévient et gère le conflit.

La définition d'une médiation réussie est décrite par les termes comme : agrément, réparation, dépassement du conflit, réconciliation.

La technique utilisée est celle de la co-médiation où le nombre de médiateurs impliqués dans la médiation est fonction du nombre de personnes impliquées (par exemple, une ou plusieurs victimes, un ou plusieurs accusés).

À travers des stratégies complexes de la communauté politique, il a ainsi été créé et financé des bureaux locaux de médiation pénale des mineurs en Italie, témoignant de la volonté des politiques judiciaires et sociales.

Il est prévu, dans le futur, d'étendre l'offre de médiation aux juges de paix, toujours en ce qui concerne les infractions qui peuvent être poursuivies après le dépôt de plainte d'une victime.

Lorsque nous avons échangé sur les pratiques de la médiation familiale, nous avons particulièrement développé les pratiques de médiation familiale transfrontalière.

En Italie, comme dans toute l'Europe, les divorces et mariages binationaux se développent, ce qui augmente le problème de la garde de l'enfant, lorsque les parents ont des résidences dans deux pays différents. Après les affaires concernant les gardes d'enfants, malheureusement, nous avons souvent le cas d'enlèvement international d'enfants.

En comparant ce problème avec les autres pays européens, il existe un besoin évident de prévenir ces comportements néfastes pour les enfants, et nous sommes parvenus à la conclusion que le meilleur moyen de résoudre ces cas dramatiques avec succès était d'utiliser la médiation familiale. Il est en effet important que les parents puissent s'entendre sur les modalités de garde avant tout jugement des tribunaux mais, également, en écoutant les besoins des enfants en direct ainsi que de ceux de leurs parents.

La médiation familiale transfrontalière est un espace d'écoute.

Le modèle partagé en médiation familiale transfrontalière par de nombreux pays européens est, en effet, de prévoir la présence de deux médiateurs qui connaissent les deux langues différentes et les deux cultures différentes des parents.

La médiation en Italie du point de vue d'un praticien

Par Giovanni Nicola Giudice

Directeur

Et Roberta Regazzoni

Agent

Service de médiation – Chambre de l'arbitrage de Milan

Les Chambres de commerce ont été des pionnières en Italie dans le domaine de la médiation impliquant des entreprises grâce à la loi n° 580/1993, qui prévoyait l'obligation pour ces organismes d'offrir des services de médiation aux acteurs du monde des affaires. Le premier « Sportello di Conciliazione » (Bureau de conciliation) a été créé pour aider à résoudre les affaires liées aux litiges de consommation à Milan en 1996, et a donc promu la médiation et contribué à son développement jusqu'à ce jour.

Auparavant, il était recouru à la médiation de façon marginale dans les conflits familiaux, en matière sociale, et en matière pénale, lorsque des mineurs étaient impliqués.

Le succès croissant des modes alternatifs de règlement des différends aux USA et au Royaume-Uni a contribué à l'émergence d'un mouvement en faveur des « techniques de la médiation » pour la résolution des litiges commerciaux.

C'est par le truchement de réglementations spécifiques propres à certains secteurs (entre autres, la loi n° 192/1998 sur la sous-traitance dans l'industrie manufacturière et le décret législatif n° 5/2005 sur les questions d'entreprise) que la médiation s'est vue renforcée au niveau des chambres, et que des demandes de médiation privée ont vu le jour. La médiation est devenue progressivement populaire, surtout en matière commerciale.

En dépit de la reconnaissance des modes de règlement extrajudiciaires, promus et soutenus par les chambres, la médiation commerciale restait

toujours considérée, en Italie, et en 2010, comme un outil de règlement des différends « de niche ». 20 000 demandes de médiation seulement étaient déposées en moyenne chaque année. Un nombre qui, en soi, n'est pas dérisoire, surtout si on le compare à d'autres pays européens, mais qui ne constitue qu'une petite fraction des différends potentiellement adaptés à la médiation. En outre, 40 % seulement du nombre total des demandes aboutissaient à une réunion de médiation, et le taux de réussite était d'environ 66 %. La majorité de ces cas portait sur des différends de faible valeur dans des litiges entre entreprise et consommateur. Avant 2010, la médiation d'entreprise avait donc une existence marginale et n'était offerte que par quelques centres spécialisés (surtout au sein des Chambres de commerce) qui pouvaient compter sur des petits groupes de pratiquants passionnés⁸².

Dans ce contexte, la directive européenne 2008/52/CE a eu un impact significatif, qui a encore été amplifié par l'adoption, par le gouvernement italien, du décret législatif n° 28/2010, que les décrets ministériels 180/2011 et 145/2012 ont mis en application.

L'objectif du législateur était de réduire l'encombrement des tribunaux civils, une véritable « épine dans le pied » du système judiciaire italien.

Le cadre juridique établi en 2010 prévoyait que tout litige civil ou commercial pouvait être envoyé en médiation sur la base du volontariat, dès lors que les parties avaient la libre disposition des droits en cause (droits aliénables). L'envoi en médiation d'un différend était obligatoire dans certains cas⁸³, avec des pénalités de procédure imposées à la partie qui refusait de recourir à ce processus ou qui n'assistait pas à la médiation lorsqu'elle était invitée à le faire⁸⁴. Le médiateur pouvait faire une proposition de règlement, qui emportait des effets juridiques, si la proposition était refusée par toutes les parties ou par l'une d'entre elles. Des frais de médiation très faibles étaient fixés par la loi. Le juge pouvait inviter les parties à tenter une médiation. Les services de médiation pouvaient être fournis exclusivement par des centres (« Organismi di Mediazione ») enregistrés au ministère de la Justice. Le médiateur devait recevoir une formation de base d'au moins 50 heures, justifier d'un minimum de 18 heures de formation approfondie sur deux années, et de la participation à

⁸² Il n'y a de données officielles disponibles ni sur le nombre de médiateurs, ni sur le nombre de médiations ad hoc. Nous ne pouvons quantifier cette pratique.

⁸³ Accords de succession et d'affaires familiales, contrats bancaire/financier/d'assurance, de commodat, de baux litigieux en cours, de dommages-intérêts : a) la faute médicale ; b) la diffamation par voie de presse ou d'autres médias ; c) accidents de la circulation routière, droit réel, cessation de copropriété, location, copropriété.

⁸⁴ La partie invitée à la médiation peut refuser de participer, pour des raisons valables. En l'absence de raisons valables, le juge peut condamner la partie qui n'y a pas assisté à une amende.

un minimum de 20 réunions de médiation en qualité d'observateur. De même, le médiateur devait être inscrit au ministère de la Justice une fois qu'il remplissait toutes les conditions requises par la loi. L'accord conclu lors de la médiation pouvait devenir exécutoire après un simple contrôle formel du juge. Les parties qui avaient conclu un accord pouvaient bénéficier d'avantages en termes de dégrèvements fiscaux.

Cette avancée du législateur et de la nouvelle loi sur la médiation a provoqué une réaction virulente de la part des avocats. Des manifestations et des grèves sont survenues dans toute l'Italie.

En dépit de ce climat tendu, l'étape de médiation pré-judiciaire obligatoire a fonctionné comme un déclencheur et les chiffres ont augmenté de façon spectaculaire. Plus de 200 000 procédures de médiation ont été déposées en un an et demi⁸⁵, ce qui a contribué à l'émergence d'un marché de la formation à la médiation. Un nombre important d'acteurs privés et d'associations professionnelles (environ 1 000 à la fin de 2012) a commencé à offrir des services de médiation et de formation en sus des services de médiation qu'offraient traditionnellement les Chambres de commerce.

Au plan national, la constitutionnalité de la loi a été contestée devant la Cour constitutionnelle, en particulier sur des points relatifs à ce qui était qualifié de « tentative de médiation obligatoire ». Les opposants au décret ont soutenu que la loi restreignait l'accès à la justice et qu'elle avait été adoptée en l'absence de mandat donné au Parlement pour conférer à la médiation un caractère obligatoire. À la fin du mois d'octobre 2012, la Cour constitutionnelle a déclaré que la loi sur la médiation avait en effet été adoptée sans mandat express du Parlement.

La loi sur la médiation reste en vigueur, mais en raison de ce vice de forme, l'obligation de recourir à la médiation avant d'aller devant le juge n'a plus cours dans un certain nombre de domaines.

Au cours des six premiers mois de l'année 2013, les affaires de médiation ont, au plan national, enregistré une chute spectaculaire de 80 % par rapport à la même période en 2012. Les praticiens formés à la médiation ont, par milliers, perdu leur « nouveau » travail. Sans l'obligation édictée par la loi, les Italiens semblent peu attirés par la médiation, tout comme le reste des Européens⁸⁶.

⁸⁵ Voir les chiffres du Service de médiation Milan.

⁸⁶ L'expérience du Centre de médiation – Chambre d'arbitrage de Milan – et le rapport national de statistiques pour les 3 premiers mois de 2013 publié par le ministère de la Justice, montre que les demandes de médiation ont chuté bien sûr, mais en proportion, le nombre des réunions de médiation et les règlements conclus en médiation ont en fait augmenté. La valeur économique moyenne des différends (260 000 €) atteste du fait que la médiation est particulièrement vivace dans les conflits de valeur « moyenne » à « élevée ». La qualité du service fourni par l'institution fait la différence, en particulier pour la « médiation

L'existence tumultueuse de la loi sur la médiation n'est toutefois pas venue à terme à cause de la déclaration d'inconstitutionnalité.

En juin 2013, le gouvernement italien a soudainement apporté, par le décret n° 69/2013 (dit décret *del Fare* – décret « Passons à l'action »), de nouveaux changements à la loi sur la médiation :

- La médiation comme une condition préalable avant d'introduire une action en justice est de nouveau instaurée⁸⁷, sous la forme d'une « réunion d'admission » ;
- Un critère de compétence territoriale a été établi : le processus de médiation doit être engagé avec un médiateur basé dans le ressort de la juridiction territorialement compétente pour connaître le litige ;
- La première réunion de médiation (dite réunion d'admission) est gratuite pour les parties en cas d'absence d'accord ;
- Lorsque la médiation est obligatoire, les parties doivent être assistées par leurs avocats ;
- L'accord, lorsqu'il est conclu, est immédiatement exécutoire (sans contrôle préalable du juge) s'il est signé par le médiateur, les parties et leurs avocats ;
- Le juge peut ordonner aux parties de soumettre leur différend à la médiation, même dans des domaines où le processus n'est pas obligatoire ;
- Les avocats deviennent, par fonction, médiateurs, après avoir suivi un programme de formation ad hoc de courte durée.

Parmi ces nouvelles dispositions, l'organisation d'une première réunion de médiation est particulièrement intéressante. À l'occasion de cette réunion avec le médiateur, les parties sont informées du déroulement du processus et font une première évaluation de la « médiabilité » du différend qui les oppose. Ce qui remplit la condition d'une première étape obligatoire de médiation avant d'introduire une instance devant le juge. Les parties qui décident de recourir à une médiation acquittent les frais s'y rapportant⁸⁸, les autres peuvent saisir la juridiction compétente. Cette modification de la loi a permis de remédier aux situations dans lesquelles des parties, pour éviter des sanctions, payaient la totalité des frais, avant de déclarer qu'elles ne voulaient pas recourir à la médiation. Le fait que la première réunion soit gratuite en l'absence d'accord, semble donc remédier à la principale objection exprimée à l'encontre de la première version de la loi sur la médiation, qui était d'imposer un surcoût aux parties.

volontaire ».

⁸⁷ Elle est rétablie, pour toutes les questions précédentes, sauf pour les demandes de dommages-intérêts en réparation de dommages causés par des véhicules.

⁸⁸ Qui dépendent de la valeur économique du litige, et de sa nature (pour les cas obligatoires, un montant inférieur est prévu).

En outre, et sur la base de chiffres officiels du Centre de médiation de Milan, on observe une augmentation du nombre des accords de médiation. Ceux qui, à l'issue de la première réunion avec le médiateur, décident de s'engager véritablement dans le processus, sont plus motivés et parviennent à un accord plus fréquemment qu'auparavant. Une autre modification importante réside dans la possibilité d'une mise en application immédiate de l'accord de médiation : une caractéristique intéressante pour des parties ayant un intérêt à parvenir rapidement à un règlement et avec une confiance raisonnable dans la possibilité d'appliquer effectivement l'accord conclu.

Au cours des derniers mois, on a constaté une nouvelle augmentation des cas de médiation. Les premiers chiffres officiels montrent une reprise des résultats de l'année 2012. Il reste difficile, à ce stade, de tirer des conclusions définitives quant au nouveau cadre de la médiation italienne.

L'envoi obligatoire en médiation augmente substantiellement le nombre de médiations⁸⁹, mais il convient de prendre en considération le fait que « seulement » 31 % des demandes de médiation aboutissent à des réunions de médiation et que parmi celles-ci, la moitié aboutit à un accord.

Sur la base des chiffres de 2012 (sous l'empire de l'« ancienne version » de la loi sur la médiation), cela signifie que 22 000 litiges ont été réglés par la médiation, certains d'entre eux portant des intérêts importants ou se rapportant à des cas très complexes.

Par ailleurs, on ne peut faire état d'une « médiation obligatoire » car la seule véritable obligation est, pour l'une des parties, de déposer une demande de médiation, et pour la partie invitée à la médiation, d'exciper de « bonnes raisons » pour ne pas l'accepter. Il n'y a pas à proprement parler obligation de recourir au processus de médiation.

Notre point de vue est que la réunion de mise en place obligatoire est un bon compromis entre la médiation « obligatoire » qui entraîne des coûts, et la médiation sur la base du seul volontariat, laquelle dépend totalement, et de manière déraisonnable, de l'assentiment des parties et des décisions et intérêts de leurs avocats.

Hormis l'utilité de cette « étape obligatoire », la médiation a besoin, pour être utilisée avec succès et efficacité, d'une tradition culturelle propice ; ce qui est le cas en Italie comme dans beaucoup d'autres pays.

Beaucoup de professionnels ont été formés à la médiation (pour la plupart des avocats ou des personnes disposant d'une formation juridique), mais il y a encore trop d'avocats en Italie qui ne sont pas familiarisés avec la médiation et qui ne possèdent pas de compétences de base dans le domaine

⁸⁹ Je voudrais faire référence à l'interdiction de fumer dans les lieux publics italiens. À l'époque (2003), cette prescription était depuis longtemps débattue, et majoritairement contestée. Finalement, la mise en œuvre de cette réforme s'est avérée être très efficace et l'Italie est devenue une référence pour les autres pays d'Europe.

de la négociation. Du point de vue des tribunaux, l'acceptation de la médiation reste timide, principalement en raison de la méconnaissance de ce processus et d'une trop faible familiarisation avec les mécanismes alternatifs de règlement des différends.

Un autre point critique concerne la qualité des services de médiation : l'augmentation du nombre de prestataires, certains sans expérience préalable ou formation, d'autres s'avérant peu fiables, a créé un manque de confiance des utilisateurs, à savoir les avocats, et les acteurs récurrents comme les banques et les compagnies d'assurances. La majorité des organismes fonctionne probablement correctement, mais quelques exemples d'inefficacité sont suffisants pour donner une mauvaise image. Et ceci est d'autant plus vrai que la médiation est largement inconnue du public.

La prise de conscience, la connaissance et la qualité de la médiation peuvent être améliorées sans intervention législative, mais la législation a montré une certaine efficacité à cette fin. Curieusement, la médiation obligatoire avait augmenté le nombre de processus engagés, mais avait eu un effet très limité sur la connaissance du processus et la sensibilisation des utilisateurs concernés. C'est désormais plutôt le contraire : une fois que l'obligation a cessé, il est apparu que la médiation a été perçue comme élitiste.

Il est essentiel de modifier l'approche culturelle du conflit en Italie. La médiation ne pourra devenir un outil populaire que lorsque les justiciables seront informés de son existence et de ses avantages. Les avocats et les juges jouent un rôle clé dans la prise de conscience croissante de l'utilité de la médiation, mais les utilisateurs doivent aussi la percevoir comme une opportunité. La meilleure façon de faire est de multiplier les initiatives visant à promouvoir la médiation à tous les niveaux : dans les écoles et les lieux de travail, dans toute profession et à tout âge. Ces initiatives ne devraient pas concerner la médiation commerciale seulement, mais aussi d'autres types de médiation et de gestion des conflits en général, car la médiation concerne tous les citoyens, d'un point de vue tant professionnel que personnel.

Service de médiation – Chambre de l'arbitrage de Milan
www.milanmediation.com
milanmediation@mi.camcom.it

Lettonie

La médiation en Lettonie et l'influence de Gemme

Par Zane Petersonne

Juge à la Chambre des affaires civiles
de la Cour suprême de Lettonie
Représentant letton de GEMME

En Lettonie le développement de la médiation commence par des activités d'organisations non gouvernementales en 2003, et les premiers résultats apparurent dans les affaires pénales : le premier « résultat officiel » de médiation fut enregistré en matière pénale, par le centre d'aide aux victimes le 30 novembre 2004. Depuis, la médiation dans les affaires pénales s'est développée rapidement et avec succès, et a déjà fonctionné efficacement pendant plusieurs années.

Un amendement en faveur d'une nouvelle et moderne loi de procédure pénale a été adopté le 1^{er} avril 2005 et est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2005. La nouvelle loi contient de nombreux articles facilitant la résolution pacifique de conflits entre la victime et le délinquant. La médiation n'est pas mentionnée en tant que telle, le mot « règlement » est utilisé à la place. Toutefois, la médiation est devenue la méthode principale utilisée en matière de règlement *de ces conflits*. L'autre méthode utilisée à côté de la médiation concernant les règlements entre les victimes et les clients en probations est la conférence.

La médiation dans les affaires pénales a été portée par deux autorités : le centre de soutien aux victimes et le service national de probation, ce dernier étant dernièrement devenu l'autorité principale en la matière. Le service national de probation est une institution administrative nationale supervisée par le ministère de la Justice, lequel met en œuvre la politique de l'État concernant la supervision des délinquants en probation et la correction de leur comportement social, ainsi que d'autres pratiques performantes

spécifiées par la loi. Le service national de probation travaillant sur la médiation est régi depuis 2003 par la loi, depuis 2007 par un règlement sur la manière dont le service national de probation organise et dirige un « règlement » avec l'aide des médiateurs, sur la certification des médiateurs du service national de probation, et le code de déontologie des médiateurs du service national de probation.

Le service national de probation offre la possibilité, à la victime et au délinquant en probation, d'engager volontairement le processus de médiation (article 13 de la loi nationale du service de probation). La médiation au sein du service national de probation est conduite par des médiateurs qui sont soit employés dans le service soit des travailleurs bénévoles et qui sont formés et certifiés par le service national de probation lui-même.

La pratique en matière de médiation pénale est la justice restaurative. Le service national de probation s'investit avec beaucoup d'énergie dans la préparation de la médiation. Le travail de préparation est jusqu'à présent un succès et les parties viennent réellement ensemble pour parler : le taux de réussite est d'environ 80 %. La recherche d'accords est toujours faite sous forme écrite.

La majorité des affaires en médiation a pour objet un vol. Sur les médiations demandées en 2013, 33 % se sont terminées avec un accord incluant des obligations spécifiques à réaliser par le délinquant, 15 % par un accord sans aucune obligation spécifique à réaliser par le délinquant et 6 % sans aucun accord. Dans 36 % des cas, la médiation n'a pas abouti à un accord, ou a été interrompue (une partie ne s'est pas présentée), 10 % des médiations ont été reportées à l'année suivante. Cela signifie que les conflits ont été réglés dans 55 % des affaires (atteignant même dans les affaires impliquant des mineurs, 64 %). Toutefois, il existe une ville, Bauska où le succès enregistré en 2011 était de 100 % (6 accords sur 6 demandes de médiation).

Par conséquent, la médiation pénale en Lettonie a prouvé qu'elle était une manière efficace de résoudre les conflits entre victimes et délinquants et pour rétablir la justice.

En matière civile, la médiation a commencé à se mettre en place en 2006 avec un projet pilote de jumelage. Parallèlement à d'autres activités, deux tribunaux du quartier de Riga ont été impliqués dans le projet – deux juges de chacune des Cours qui ont reçu et intensifié leur formation à la médiation et ont tenté d'utiliser la médiation pour faciliter la résolution pacifique des affaires qui leur ont été soumises. Désormais, il y a un intérêt porté à la médiation chez les praticiens de différents horizons : juges, avocats, notaires, psychologues, travailleurs sociaux, etc.

Le gouvernement a pris doucement, mais régulièrement, des mesures pour faciliter le recours à la médiation et a transposé la directive 2008/52/EC

du Parlement européen et du conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Un document sur les principales questions de développement de la médiation dans les systèmes judiciaires a été adopté au printemps 2009 ; il y est indiqué comment la médiation devrait se développer et « interagir » efficacement avec la législation civile, pour permettre un désengorgement des juridictions. En 2008, le ministère de la Justice a élaboré un document intitulé « Introduction à la médiation pour la résolution des conflits civils », également appelé Conception de la médiation. Le 18 février 2009, le cabinet du ministère appuya la motion permettant une médiation indépendante et une médiation judiciaire en Lettonie.

À ce moment-là, un sérieux débat eut lieu s'agissant de la terminologie – sur le fait de savoir quel terme serait le plus approprié dans le langage letton pour désigner la « médiation », « le médiateur », etc. Il fut décidé que les termes utilisés les plus adéquats au niveau international seraient « médiatisa » pour « médiation » et « mediators » pour « médiateur », etc.

Un groupe de travail sous la supervision du ministère de la Justice a terminé de rédiger une nouvelle loi sur la médiation (en matière de conflits civils et commerciaux) et modifié la loi de procédure civile. Ces lois ont été soumises au Parlement depuis plus d'un an, et en ce début d'année (8 février 2014), on peut penser que ces lois seront adoptées dans les prochaines semaines et entreront en vigueur dans les prochains mois.

Même si la transposition de la Directive 2008/52/EC a vocation à s'appliquer uniquement aux conflits transfrontaliers en matière civile et commerciale, la nouvelle loi prévoit des règles sur la médiation en matière de conflits nationaux.

Actuellement, il n'existe pas de disposition obligeant les juges à proposer la médiation ; ils sont libres de proposer, mais non pas d'ordonner la médiation s'ils la trouvent appropriée. Des textes à venir, on peut déduire que le recours à la médiation en matière civile et commerciale en Lettonie sera à la discrétion des parties et les juges ne pourront ordonner une médiation contre leur volonté. Toutefois, la Cour sera obligée d'informer par écrit les parties de la possibilité de recourir à la médiation – immédiatement après qu'ils ont ester en justice.

Le Parquet sera également obligé d'informer les parties oralement sur la possibilité de recourir à la médiation et de la proposer si elle apparaît opportune.

Il est prévu qu'il y ait des « médiateurs » et « des médiateurs certifiés » en Lettonie. La certification conforme aux règles mises en place par le pays sera requise pour les médiateurs qui désireront être inscrits sur la liste des médiateurs certifiés. La liste sera disponible dans les tribunaux pour les cas de médiations.

L'avant-projet de loi stipule que le requérant pourra bénéficier d'une prise en charge de l'État de 50 % des frais de justice dans le cas où la médiation se terminerait par un accord et la plainte serait retirée. On peut présager que l'incitation gouvernementale sera un vecteur important de motivation des parties pour choisir la médiation.

Même s'il n'existe pas de loi spéciale sur la médiation pour les litiges civils et commerciaux en Lettonie aujourd'hui (où la médiation est expressément mentionnée et régie), la médiation est une réalité en Lettonie et la demande de médiation augmente chaque année. La médiation est pratiquée par des médiateurs indépendants, plusieurs associations non gouvernementales et la Riga Orphan's Court, une institution, municipale travaillent dans le domaine de la famille et des enfants dans la capitale Riga.

Les statistiques de ces organisations montrent que l'utilisation de la médiation a rapidement augmenté ces dernières années. La médiation est dans la plupart des cas utilisée dans les affaires familiales. Si on garde à l'esprit que la médiation est considérée comme une nouvelle méthode de règlement des conflits en Lettonie, le succès enregistré est remarquable.

La Lettonie a rejoint le GEMME en 2007. Elle y compte un membre permanent, mais aucune section nationale n'a été formée. Toutefois, GEMME a joué un rôle important dans le développement de la médiation en Lettonie. Les séminaires et conférences organisés par GEMME et l'échange d'expériences des membres du GEMME ont été d'une importance capitale dans l'acquisition de connaissances de la médiation. Cette connaissance et cette expérience ont été utilisées à aider à la rédaction de la nouvelle loi sur la médiation, la sensibilisation et l'éducation des juges et avocats lettons à la médiation.

Espérons que le taux global de réussite de la médiation s'accroîtra au fil des années et que GEMME continuera à jouer un rôle significatif dans la promotion et le développement de la médiation en Europe.

Portugal

La médiation au Portugal

Par Jaime Cardona Ferreira

La proposition de directive de l'Union européenne sur la médiation de 2004 avait une vocation très générale. Cependant, du point de vue strictement technique, la directive de 2008 a fini par avoir une portée réductrice, limitée aux litiges transfrontaliers. La directive ayant notamment pour objectif de garantir un meilleur accès à la justice, rien n'interdit cependant aux États membres de l'Union européenne d'appliquer ses dispositions aux processus de médiation interne⁹⁰ : c'est la ligne de conduite qui a prévalu au Portugal. La transposition dans le droit national portugais a été faite dès 2009⁹¹, en donnant au processus de médiation une portée générale, notamment dans son articulation avec la procédure judiciaire, pour le règlement des litiges, même s'ils n'ont pas un caractère transfrontalier. Cette évolution fondamentale a transcendé les réglementations partielles, et a permis l'indispensable rééquilibrage par la loi de l'institution judiciaire et de la médiation.

Quatre articles, d'une extrême importance, ont été ajoutés au Code de procédure civile, en ce qui concerne la définition des principes, et dans des termes pratiques⁹². La loi a distingué deux cas de figure :

- avant la saisine des tribunaux,
- pendant l'instance.

Avant la saisine des tribunaux, le recours à la médiation suspend les délais de caducité et de prescription. Si un accord est obtenu, les intéressés

⁹⁰ – Numéros cinq et huit de l'exposition de motifs.

⁹¹ – Loi 29/2009 du 29/06.

⁹² – Articles 249 – A/249 – B/249 – C/279 – A.

peuvent demander l'homologation par un juge matériellement compétent, devant n'importe quel tribunal. L'homologation judiciaire relève d'une procédure qui revêt un caractère d'urgence. Le principe de la confidentialité de la médiation est accentué, sauf dans des circonstances exceptionnelles, notamment pour des motifs tirés de la protection de l'intégrité physique ou psychique des personnes.

Si l'instance est en cours, le juge peut, à tout moment, ordonner sa suspension et décider de recourir à la médiation, sauf en cas d'opposition d'une des parties. D'autre part, les parties elles-mêmes peuvent, d'un commun accord, opter pour une médiation. Elles peuvent décider de la suspension de l'instance pour un délai qui peut aller jusqu'à six mois, sans qu'il ne soit nécessaire pour le juge de rendre une ordonnance ; les parties communiquent simplement leur accord au tribunal.

Il faut encore savoir que le Code de procédure civile portugais est applicable à toutes les causes « civiles » : le civil proprement dit, le commercial, le droit de famille, la consommation, etc. Et la révision du Code de procédure du travail est déjà intervenue de telle sorte que ces règles soient également applicables devant la juridiction du travail⁹³.

Je crois à l'importance de la médiation comme chemin de la justice. À mon avis, le médiateur ne peut pas être neutre. Il doit être impartial. Mais, en face de ce qui est bien et ce qui est mal, sur le chemin de la justice, on ne peut pas être neutre. C'est une question éthique, plus encore que juridique. Même si le médiateur ne décide pas, il peut et doit aider à la bonne décision. D'ailleurs, les exigences requises par la directive de l'Union européenne de 2008 pour la médiation, portent sur l'efficacité, la compétence et l'impartialité [articles 3 b) et 4 n° 2] ; mais la directive ne traite à aucun moment de la neutralité !

⁹³ Journal officiel de la République (traduction) du 13/10.

Roumanie

Évolution de la médiation en Roumanie au cours des 5 dernières années

Par Sanda Elena Lungu

Juge, Cour d'appel de Craiova

Lucia Zaharia

Juge, Cour d'appel de Bucarest

et **Dragoş Călin**

Juge, Cour d'appel de Bucarest

Introduction

En Roumanie, les premières initiatives de promotion de la médiation ont commencé en 1996, quand la Fondation pour le Changement Démocratique a développé le premier projet dans le domaine de la médiation, avec le support du Canadian International Institute for Applied Negotiation (CIAN), projet dans lequel plusieurs représentants des professions juridiques et représentants du ministère de la Justice ont été impliqués.

En 2000, le ministère de la Justice a mis en place le premier projet de loi concernant la médiation, projet qui a rencontré une forte opposition, premièrement, de la part des parlementaires avocats. L'idée que la médiation soit l'une des solutions pour une amélioration de la qualité de l'acte de justice et le soulagement des juridictions était pourtant comprise dans les engagements d'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne, sans mentionner explicitement si cet objectif serait à atteindre par l'intermédiaire d'une loi-cadre ou seulement à travers un règlement concernant l'application de la médiation en relation avec les juridictions.

Jusqu'à l'élaboration du projet de loi concernant la médiation et la profession de médiateur, en 2005, d'autres projets concernant la médiation

ont aussi été proposés au Parlement, mais ils n'ont pas bénéficié d'un soutien parlementaire suffisant.

Le 22 mai 2006, dans le Journal officiel est parue la **loi n° 192/2006 concernant la médiation et l'organisation de la profession de médiateur**. On doit mentionner le fait que cette version de la loi, à laquelle les représentants de la société civile ont aussi contribué, est la cinquième version de projet de loi concernant la médiation depuis 2000. La loi a été conçue, promue et, ultérieurement adoptée afin de soutenir la médiation telle que définie par les actes normatifs adoptés au niveau européen.

Après son adoption, la loi sur la médiation a subi de nombreuses modifications, dont la plupart étaient destinées à la transposition des dispositions de la Directive n° 2008/52/CE et à l'harmonisation de la législation interne avec celle européenne. Parallèlement, la loi a été modifiée en raison des exigences posées par la pratique, suite aux saisines des médiateurs et des magistrats. Ces modifications ont connu de nombreux débats et, comme dans n'importe quel domaine au début, des incohérences, des hésitations, des erreurs et des aspects à perfectionner ont existé et existent encore. Les efforts fournis par toutes les parties impliquées pour que la médiation devienne une alternative efficace aux procédures judiciaires produisent effet.

La transposition de la Directive 2008/52/CE et l'évolution au cours des 5 dernières années

Depuis l'adoption de la loi n° 192/2006 et après la Directive 2008/52/CE, la législation roumaine a été modifiée afin de donner une meilleure efficacité et une application la plus rigoureuse aux dispositions essentielles de la directive.

Ainsi, la première modification de la loi n° 192/2006 a eu lieu en décembre 2009, par la loi n° 370/2009 modifiant et complétant la loi n° 192/2006 sur la médiation et l'organisation de la profession de médiateur. Si jusqu'à ce moment-là la médiation avait été définie comme « une modalité facultative de solution des causes à l'amiable », après la modification de 2009, le terme « facultative » a été supprimé, généralisant ainsi la médiation en une méthode commune, ordinaire, de solution des conflits. Par la même occasion, il est devenu impératif et obligatoire, pour les organes judiciaires et arbitraux, d'informer les parties sur la possibilité et les avantages de l'utilisation de la procédure de médiation. Il a été prévu concernant l'application des dispositions de l'art. 5 alinéa 1 de la directive, toujours de manière impérative, que les autorités ayant des attributions juridictionnelles invitent les parties à recourir à la médiation pour résoudre leurs litiges.

La modification de la loi sur la médiation de 2009 a également donné efficacité aux dispositions de l'art. 6 de la directive faisant référence au caractère exécutoire des accords issus de la médiation. Un alinéa nouveau a été introduit à l'art. 63, dans lequel il est expressément prévu que la décision, par laquelle est pris acte de l'accord des parties, constitue le titre exécutoire.

Une deuxième modification de la loi sur la médiation en Roumanie a eu lieu en 2010 afin de l'harmoniser avec les dispositions de la Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur.

La modification la plus importante de la loi 192/2006, pour la transposition des dispositions essentielles de la Directive 2008/52/CE, a été réalisée par l'adoption par le Parlement de Roumanie de la loi n° 202/2010 concernant certaines mesures pour accélérer les solutions des procès – *Petite réforme dans la justice* – loi qui a modifié aussi bien le Code de procédure civile, que le Code de procédure pénale. À partir de ce moment, la médiation a été réglementée comme méthode alternative de résolution des conflits dans les deux codes de procédure. Cette modification a constitué une avancée importante pour les médiateurs, pour les magistrats et les justiciables, en faveur de la reconnaissance, l'acceptation et en particulier, l'utilisation de la médiation comme mode alternatif de règlement des conflits.

De manière concrète, dans le cadre des attributions du juge, afin de tenter la réconciliation des parties, il a été prévu que celui-ci peut inviter les parties à une réunion d'information sur les avantages de la procédure de la médiation et peut, en tenant compte des circonstances de la cause, recommander aux parties d'avoir recours à la médiation, quel que soit le stade du procès. Concrètement, une transposition quasiment mot à mot de l'art. 5 de la directive a été réalisée. Dans le cadre de la procédure de divorce, contenue dans le Code de procédure civile en vigueur à cette date, il a été prévu que si les parties acceptaient d'envisager de recourir à la médiation, elles participaient, tout d'abord, à une réunion gratuite d'information sur les avantages de cette procédure. Après la participation à cette réunion d'information, les parties avaient la possibilité de décider de s'engager dans la médiation ou de revenir vers le tribunal pour le règlement de leur litige.

Dans les litiges commerciaux, dont la procédure était réglementée de manière distincte dans le Code de procédure civile, plusieurs dispositions concernant la médiation ont été introduites. Premièrement, la médiation a été réglementée comme étant une procédure préliminaire obligatoire dans les litiges commerciaux. Comme dans le cas de la procédure de divorce, dans le cas des litiges commerciaux, il a aussi été expressément prévu que si, sur la recommandation du juge, les parties acceptent d'envisager la médiation, elles participeront, tout d'abord, à une réunion gratuite d'information et

seulement après, elles décideront si elles souhaitent s'engager dans la médiation ou revenir devant le tribunal pour le règlement de leur litige.

Pour l'application des dispositions de l'art. 8 de la directive concernant l'effet de la médiation sur les délais de prescription et de déchéance, toujours dans le cas des litiges commerciaux, il a été expressément prévu que le délai de prescription du droit à l'action pour le droit litigieux soumis à la médiation est suspendu pendant toute la durée de la procédure, mais pas plus de 3 mois après son début.

Également, le problème de la suspension du délai de prescription du droit à l'action a été définitivement réglé par les dispositions du nouveau Code civil de Roumanie, qui prévoit des délais différents, selon que la médiation a lieu de manière volontaire ou en application d'une disposition légale ou contractuelle.

Pour la première fois dans l'ancien Code de procédure civile, il a été prévu, par la modification apportée par la loi n° 202/2010, une sanction, celle de l'amende de 50 à 700 lei, dans le cas où la partie refuse de se présenter à la réunion d'information sur la médiation, dans le cas où elle a accepté, selon la loi.

Toujours par la loi n° 202/2010, l'art. 26 de la loi n° 192/2006 a été modifié, concernant la médiation et l'organisation de la profession de médiateur, en prévoyant également ici, de manière distincte, le fait que la réunion d'information sur la médiation est gratuite. Cette disposition est une application des dispositions de l'art. 5 de la directive et représente une méthode d'encourager les parties à participer à la réunion d'information concernant la médiation.

Puisque nous avons rappelé les mesures incitatives des parties à recourir à la médiation, nous allons rappeler ici que la loi n° 192/2006 a prévu, depuis son adoption, à l'art. 63 alinéa 2, le fait qu'après le prononcé d'une décision par laquelle s'installe l'accord de médiation, à la demande des parties intéressées, il va être ordonné la restitution de la taxe judiciaire de timbre payée pour que l'engagement de l'instance <???.>. Cette disposition, favorisée par le Parlement européen dans la Résolution du 13 septembre 2011, a été cependant limitée et subordonnée à des conditions par les modifications ultérieures de la loi sur la médiation en Roumanie, dans le sens que la taxe est restituée de manière intégrale, à l'exception des cas où le conflit résolu par la médiation est lié au transfert du droit de propriété et/ou la constitution d'un autre droit réel sur un immeuble. Cela limite beaucoup les situations dans lesquelles cette taxe peut être restituée, et fait perdre à la mesure son caractère incitatif.

Par la loi n° 134/2010 concernant le Code de procédure civile et la loi n° 76/2012 de mise en application de la loi concernant le nouveau Code de

procédure civile a été adopté un nouveau Code de procédure civile, apportant en même temps une série de modifications à la loi sur la médiation. Cette législation, comme de nombreux actes normatifs adoptés durant la période 2012-2013 concernant la médiation, a marqué une période pleine d'incertitudes et de modifications successives de la législation sur la médiation en général et sur la législation civile et commerciale en particulier. Pour cette raison, nous n'allons pas présenter toutes ces modifications, mais nous allons souligner les dispositions légales qui sont en vigueur maintenant, en précisant les normes qui représentent une incitation au développement de la médiation en Roumanie, comme celles que nous considérons comme présentant un inconvénient, une régression par rapport à la période antérieure de 2013.

L'ancienne réglementation du Code de procédure civile a été conservée concernant la possibilité du juge d'inviter les parties à participer à une réunion d'information sur la médiation, réunion qui est gratuite, comme la possibilité du juge, en tenant compte des circonstances de l'affaire, de recommander aux parties d'avoir recours à la médiation, tout en mentionnant que la médiation est une procédure facultative.

En ce qui concerne les modifications apportées à la loi sur la médiation, elles ont eu un caractère stimulant, dans la mesure où, conformément à l'art. 6 de la directive, la possibilité de présenter l'accord de médiation directement au notaire ou à une juridiction a été réglementée, sans qu'il y ait un dossier inscrit au rôle, pour en donner une force exécutoire, après la vérification des conditions impératives de fond et de forme. Même si, initialement, dans ce dernier cas, la demande au tribunal était exemptée du paiement de la taxe judiciaire de timbre, ce qui a représenté un encouragement des parties à recourir à la procédure de médiation et donner force exécutoire à leur accord de volonté, par la suite, cette disposition a été modifiée, de manière inexplicable, dans le sens de l'obligation des parties à payer la taxe de timbre prévue par la loi pour le litige. Cette mesure paraît être d'autant plus incompréhensible qu'elle place les parties qui résolvent par la médiation un conflit, sans ne plus l'amener devant le tribunal et sans plus donner lieu à des dépenses de la part de l'État, dans une situation plus difficile que si, tout d'abord, elles déposent une demande en justice et ensuite elles présentent l'accord de médiation au tribunal, cas dans lequel est restituée la taxe judiciaire de timbre payée pour que la juridiction soit saisie, à l'exception des cas pour lesquels le conflit résolu par la voie de la médiation est lié au transfert de droit de propriété et/ou la constitution d'un autre droit réel sur un immeuble.

La modification la plus importante de la loi n° 192/2006 dans le cadre de l'application des dispositions de la directive en ce qui concerne l'obligation des États membres de prendre les mesures efficaces pour la transposition de

celle-ci, représente en même temps une mesure de sanction, est contenue à l'art. 2. Elle prévoit que « dans les litiges qui peuvent former, conformément à la loi, l'objet d'une médiation, les parties et/ou la partie concernée, le cas échéant, sont tenues de prouver qu'elles ont participé à la réunion d'information sur les avantages de la médiation, dans les domaines suivants :

- a. dans le domaine de la sécurité des consommateurs, quand un consommateur invoque l'existence d'un dommage suite à l'achat d'un produit ou d'un service défectueux, le non-respect des clauses contractuelles ou des garanties accordées, l'existence de clauses abusives incluses dans le contrat conclu entre les consommateurs et les opérateurs économiques, ou de la violation d'autres droits prévus par la législation nationale ou de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité des consommateurs ;
- b. en matière de droit de la famille, dans les situations prévues par l'art. 64 ;
- c. dans le domaine des litiges concernant la possession, les limites de propriété, ainsi que dans d'autres litiges qui considèrent les relations voisins ;
- d. dans le domaine de la responsabilité lorsque la responsabilité professionnelle peut être retenue, dans la mesure où dans les lois spéciales, aucune autre procédure n'est prévue ;
- e. dans les litiges découlant de la conclusion, de l'exécution de contrats de travail individuels ;
- f. dans les litiges civils dont la valeur est sous 50 000 lei, à l'exception des litiges dans lesquels il est prononcé une ordonnance exécutoire de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, des actions concernant le Registre du Commerce et des cas dans lesquels les parties choisissent de recourir aux procédures prévues à l'art. 1.013-1.024 ou à l'art. 1.025-1.032 de la loi n° 134/2010, modifiées et complétées ».

La preuve de la participation à la réunion d'information sur les avantages de la médiation dans une affaire donnée doit être faite par *un rapport d'information* rédigé par le médiateur qui a dispensé l'information.

Dans les affaires civiles, l'ordonnance d'urgence n° 90 du 12 décembre 2012 a institué, avec effet à partir du 1^{er} août 2013, la sanction de rejet de l'action comme irrecevable, en l'absence de justification du demandeur de sa participation à la réunion d'information concernant la médiation.

Comme on peut le constater, la législation roumaine a subi de nombreuses modifications pour essayer de transposer la directive 2008/52/CE et il est prévu la possibilité d'autres modifications, en cas de nécessités résultant de l'activité pratique des médiateurs et des magistrats, mais également, des exigences de l'Union européenne dans ce domaine.

Pour assurer l'organisation du système, la loi n° 192/2006 a créé un organisme autonome, qui développe une activité d'intérêt public. C'est le Conseil de médiation, constitué de 9 personnes autorisées comme médiateurs (et 3 membres suppléants), désignées par vote par les médiateurs autorisés, avec un mandat de 2 ans. Les membres du Conseil assument la responsabilité de réglementation dans le domaine de la médiation, et principalement, l'assurance de la qualité de l'acte de médiation et la construction d'un système cohérent d'utilisation de la médiation en Roumanie. En ce qui concerne le fonctionnement du Conseil de médiation, l'art. 19 de la loi n° 192/2006 prévoit : «(1) Le Conseil de médiation se réunit une fois par mois ou chaque fois qu'il est nécessaire, sur convocation du président. (2) Les réunions du Conseil de médiation sont publiques, à l'exception du cas où ses membres en décident autrement. (4) Dans l'exercice de ses attributions, le Conseil de médiation adopte des décisions par vote à la majorité de ses membres. (5) Aux travaux du Conseil de médiation peuvent être invitées à participer des personnes de toute autre institution ou organisme professionnel, dont la consultation est nécessaire pour prendre des mesures ou pour adopter les décisions du Conseil de médiation ».

Les attributions principales du Conseil sont aussi définies par la loi (art. 20) : il promeut l'activité de médiation et représente les intérêts des médiateurs autorisés, afin d'assurer la qualité des services dans le domaine de la médiation, selon les dispositions de la loi ; élabore les standards de formation dans le domaine de la médiation, sur la base des meilleures pratiques internationales dans la matière ; autorise les programmes de formation professionnelle initiale et continue, ainsi que les programmes de spécialisation des médiateurs ; élabore et met à jour la liste des fournisseurs de formation des médiateurs qui ont obtenu l'autorisation ; autorise les médiateurs, dans les conditions prévues par cette loi et par la procédure établie par le règlement d'organisation et du fonctionnement du Conseil de médiation ; coopère, par le système d'information dans le cadre du marché intérieur, avec les autorités compétentes des autres États membres de l'Union européenne, de l'Espace Économique Européen et de la Confédération Suisse, afin d'assurer le contrôle des médiateurs et des services qu'ils rendent, conformément aux dispositions de l'OUG n° 49/2009 ; élabore et met à jour le tableau des médiateurs autorisés ; garde les évidences des bureaux des médiateurs autorisés ; surveille l'accomplissement des standards de formation dans le domaine de la médiation ; publie les documents qui prouvent la qualification professionnelle des médiateurs ; adopte le Code d'éthique et de déontologie professionnelle des médiateurs autorisés et les normes de responsabilité disciplinaire de ceux-ci ; prend des mesures pour l'accomplissement des dispositions contenues dans le Code d'éthique et de déontologie

professionnelle des médiateurs autorisés et applique les normes concernant leur responsabilité disciplinaire ; fait des propositions pour l'achèvement ou, selon le cas, la corrélation de la législation concernant la médiation ; adopte le règlement concernant son organisation et son fonctionnement ; organise la sélection du Conseil de médiation suivant, dans les conditions prévues par la loi ; accomplit toute autre attribution prévue par la loi.

La médiation commerciale

La médiation est compatible avec quasiment tous les domaines d'activités commerciales, à l'exception de l'insolvabilité ou des situations où des normes d'ordre public ont été violées.

La médiation est bénéfique pour tous les types de litiges où les relations sociales ou commerciales peuvent être préservées. Qu'il s'agisse de demandes pécuniaires, de la conservation des relations entre les associés d'une société, de l'attribution de compensations de quelque nature que ce soit ou du respect d'un contrat, la médiation apporte des solutions adéquates, étant préférable à une décision de justice imposée.

Les avantages que présente pour les sociétés le recours à la procédure de médiation en cas de conflit sont nombreux. Premièrement, d'ordre financier : dans le cas d'un conflit lié à une certaine somme d'argent, les parties peuvent parvenir à un accord viable, qui pourra être respecté par les deux parties, conformément à leurs besoins et leurs intérêts présents et futurs. Deuxièmement, la durée de la procédure de médiation est réduite. Contrairement à la procédure judiciaire, qui peut durer plusieurs mois, voire plusieurs années, la durée de la procédure de médiation est mesurée en heures, jours, semaines.

Le souhait de ne pas se faire une publicité négative, avec un litige qui pourrait produire des préjudices d'image, et non pas seulement, c'est encore un motif pour lequel les sociétés recourent à la médiation. Les motifs qui tiennent au souhait de préserver les relations d'affaires avec les partenaires commerciaux, les coûts plus faibles de la procédure de médiation face aux frais de justice classiques, la flexibilité de la procédure en ce qui concerne le lieu et l'heure de la réunion, l'e-médiation, etc. ne sont pas à négliger.

En Roumanie, il n'y a ni données statistiques concernant la durée des procédures de médiation, ni réglementations légales dans ce sens. Une procédure de médiation qui se termine par un accord de médiation peut être menée à bien en quelques heures, tout au plus quelques jours si plusieurs rendez-vous sont prévus. Ainsi, du début du litige jusqu'à sa conclusion, il peut s'écouler quelques jours si l'on prend également en compte le fait qu'il faut rendre exécutoire l'accord conclu volontairement par les parties. Dans le cas d'une procédure judiciaire, la résolution d'un conflit prendra des mois (exceptionnellement) ou des années.

Le médiateur a le droit de recevoir un honoraire, décidé par négociation avec les parties, comme le remboursement des dépenses dues à la procédure de médiation. L'honoraire doit être d'un montant raisonnable et doit être fixé en considération de la nature et de l'objet du conflit. Sauf convention contraire, les honoraires de la médiation sont supportés par les parties, de manière égale. Le contrat de médiation représente un titre exécutoire en ce qui concerne les obligations des parties à payer l'honoraire du médiateur, à la date prévue. Comme la médiation est un service privé, il n'y a pas de barème d'honoraire officiel qui pourrait être utilisé par le médiateur et les parties ; chaque prestataire de services est libre de décider les honoraires en utilisant des barèmes d'honoraires ou par fixation individuelle pour chaque cas.

Comme nous l'avons précisé précédemment, l'information des parties par le médiateur, en ce qui concerne la procédure de médiation et ses avantages, est gratuite. Selon la loi sur l'aide juridictionnelle roumaine n° 51/2008, si une partie n'essaie pas la médiation ou un autre mode alternatif de règlement des conflits, le cas échéant, la demande d'aide juridictionnelle peut être refusée ; de plus, selon la même loi, les parties qui ne peuvent se permettre de payer un médiateur, peuvent recevoir une aide financière pour la médiation.

La méconnaissance de l'institution de la médiation et de la législation dans le domaine sont les causes les plus souvent rencontrées de réticence des sociétés et du public en général envers la médiation, ainsi que le manque d'une « culture de la médiation », l'institution étant introduite depuis relativement peu de temps dans la législation interne. La médiation n'est pas suffisamment promue au niveau local, national et international.

Même si des progrès considérables ont été réalisés, des progrès soutenus par la législation européenne, une des principales difficultés dans la promotion de la médiation transfrontalière résulte de l'insuffisance d'information des justiciables, des avocats, des magistrats, des citoyens en général en ce qui concerne la médiation et ses avantages. L'habitude d'avoir recours au système traditionnel de justice et la connaissance insuffisante des modes alternatifs de règlement des conflits conduisent à des coûts plus importants et une perte de temps considérable. Dans le cas où la médiation n'est pas organisée dans le cadre ou à côté des juridictions et est réglementée comme étant une profession indépendante, comme c'est le cas pour la Roumanie, la communication entre la nouvelle profession, les médiateurs, les parties et les magistrats est entravée, surtout s'il n'existe pas une tradition d'utilisation des modes alternatifs de règlement des conflits.

Activité de la Section roumaine de GEMME

GEMME est représenté en Roumanie par une section nationale, qui a commencé à développer son activité au mois de janvier 2010, par l'initiative des juges de plusieurs juridictions du pays, intéressés par la promotion de la médiation comme mode alternatif de règlement des conflits. À présent, la section comprend 20 juges et procureurs, ainsi que 2 associations de médiateurs (Association Centre de Médiation de Craiova et Association des Médiateurs Autorisés de Braşov).

Un premier projet de GEMME – la Section Roumanie a été la **Conférence internationale « Médiation dans l'Union européenne. Stade et perspectives »**, qui a eu lieu le 29 octobre 2010 à Bucarest, sous le patronage de GEMME, du Conseil supérieur de la magistrature, du ministère de la Justice, de l'Institut national de la magistrature, du Conseil de médiation, de l'Académie roumaine, de l'Université chrétienne Dimitrie Cantemir Bucarest et d'Editura Universitară (Presses universitaires). Cet évènement a eu pour objectif de faire une présentation de la façon dans laquelle la médiation fonctionne vraiment dans les États membres de l'Union européenne, ainsi qu'une présentation des perspectives en vue de sa promotion et de son application à grande échelle. La conférence a réuni pour la première fois en Roumanie, dans Aula Magna de l'Université chrétienne Dimitrie Cantemir, plus de 400 médiateurs, professeurs des universités, juges, procureurs, avocats, hommes politiques. Une des conclusions de la conférence a été que la promotion de la compréhension mutuelle entre les parties est de nature à harmoniser la relation des citoyens avec la société dans laquelle ils vivent et les modes alternatifs de règlement des conflits doivent être insérés de façon efficace dans le système judiciaire et dans la manière de penser des participants à ce système, quelle que soit leur position, qu'ils soient justiciables, avocats ou magistrats. Tous les actes de la conférence ont été publiés dans le travail **« Médiation dans l'Union européenne. Stade et perspectives »**, publié en mars 2011 par Editura Universitară de Bucarest.

Durant la période 2011-2012, GEMME – Section roumaine a collaboré avec le ministère de la Justice pour la coordination du projet **« Promotion de la médiation dans les cas transfrontaliers en matière civile »**, mis en place en partenariat avec le Conseil de médiation de Roumanie, le ministère de la Justice des Pays-Bas, le ministère de la Justice de Bulgarie, le ministère de la Justice de la République de Moldavie et l'Organisation non gouvernementale MIKK, Allemagne. Le projet a eu pour objectif de promouvoir la médiation dans les cas comportant des éléments d'extranéité, par l'intermédiaire des sessions de formation professionnelle pour les juges, les médiateurs, les représentants des institutions centrales des États membres participants, d'élaborer un guide de bonnes pratiques pour les spécialistes,

ainsi que d'élaborer et de distribuer des brochures d'information pour le grand public concernant les avantages de l'utilisation de la médiation dans les cas comportant des éléments d'extranéité. Le projet, d'une durée de mise en place de 20 mois, a bénéficié d'un budget total de 249 075 euros, dont 80 % représentent des fonds européens non remboursables. Deux conférences et 4 ateliers de travail ont été organisés à Bucarest, Iași, Cluj et Craiova.

Afin de faire connaître la médiation et les pratiques des juridictions, GEMME – Section roumaine et l'Association Le Forum des Juges de Roumanie ont sollicité à tous les tribunaux de Roumanie de communiquer les accords issus de la médiation, ainsi que les décisions rendues par les tribunaux et les juridictions de leur zone territoriale, par lesquelles ils ont pris connaissance de ces accords. Le travail « **Le recueil des décisions rendues en matière de médiation** », publié en septembre 2011 par Editura Universitară de Bucarest et réédité, avec de nombreux ajouts et commentaires critiques, en novembre 2012, réunit toutes les réponses reçues, étant le premier recueil de ce type réalisé en matière de médiation, conçu pour contribuer à la connaissance de l'institution, aussi bien dans les milieux intéressés, qu'au sein de la société entière.

GEMME – Section roumaine a collaboré avec le milieu universitaire pour la mise en place d'un cours de master sur la médiation. En avril 2011, des juges membres de GEMME ont participé comme intervenants à deux conférences organisées par l'Université Dimitrie Cantemir et l'Université Nicolae Titulescu de Bucarest, où ils ont présenté l'activité de l'association et la médiation, comme mode alternatif de règlement des conflits.

GEMME – Section roumaine a engagé la conclusion de **Protocoles trilatéraux, avec le Conseil de médiation et les Cours d'appel de Roumanie**, qui proposent des solutions concernant la nécessité d'informer les personnes intéressées sur la médiation, ainsi que les parties dans les dossiers au rôle des Cours d'appel ou des juridictions de leur circonscription, et qui peuvent faire l'objet de médiation, conformément à la législation en vigueur. Le premier protocole de ce genre a été signé avec la juridiction ayant l'activité la plus ample du pays, **la Cour d'appel de Bucarest**, le 31 mai 2011, et présente, en principe, l'avantage d'unifier et d'harmoniser les diverses solutions de collaboration avec les médiateurs et leurs associations, adoptées par certaines juridictions de la zone territoriale de certaines Cours d'appel ; son but a été de faire connaître de façon concrète la médiation et ses implications, d'accroître la confiance dans les modes alternatifs de règlement des conflits, ainsi que de soulager les juridictions des cas extrêmement nombreux et coûteux pour leur budget et de moindre importance. **La Cour d'appel de Timișoara, la Cour d'appel de Cluj et la Cour d'appel de Craiova** ont répondu de manière affirmative à cette proposition, les protocoles étant signés au cours du mois de septembre 2011.

Au cours du mois de novembre 2011, GEMME – Section roumaine a réalisé un **Protocole de collaboration avec l’Institut national de la magistrature**, qui consiste en un échange de données et d’informations concernant les activités en cours, ainsi que les programmes de travail et la participation commune des représentants des partenaires à l’organisation des cours, séminaires, conférences, ateliers de travail, aussi bien pour les magistrats étant effectivement en fonction, que pour les auditeurs de justice conformément aux programmes de formation continue et respectivement, de formation initiale, tels qu’approuvés par le Conseil scientifique de I.N.M. et par le Conseil supérieur de la magistrature. Au cours de l’année 2012 et 2013, une série de séminaires avec les auditeurs de justice (futurs juges et procureurs) ont été organisés, pour que ceux-ci soient informés sur la médiation, ses bénéfices et les conséquences sur le plan de la procédure de trouver une solution à l’affaire par la médiation.

Toujours dans la même lignée des activités de promotion de la médiation, GEMME – Section roumaine a organisé, le 23 septembre 2011, à Craiova, en partenariat avec le Centre de médiation de Craiova, le ministère de la Justice, l’Institut national de la magistrature, Editura Universitara et la Cour d’appel de Craiova, la **Conférence internationale « Justice et médiation »**. L’objectif de cette conférence a été de réunir des experts européens, pour présenter la façon dans laquelle la médiation a été mise en œuvre et fonctionne en Roumanie, mais aussi dans d’autres pays, en vertu de la Directive 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Les sujets abordés ont été d’un grand intérêt pour les participants qui ont pu interagir avec les intervenants sur des thèmes tels que l’obligation de la médiation, les standards internationaux dans la médiation, l’unicité/le pluralisme associatif, les plans d’avenir pour la promotion et l’application à grande échelle de ce mode alternatif de règlement des conflits au niveau national et européen. L’évènement a réuni plus de 150 magistrats, médiateurs, avocats, notaires, policiers, hommes politiques et représentants d’autres milieux intéressés par ce phénomène.

Durant l’année 2012, GEMME – Section roumaine, par ses représentants, a continué à organiser des **séminaires d’information dans les tribunaux de Roumanie**. De même, durant la même année, des bureaux d’information au public concernant la procédure de médiation ont été ouverts dans le cadre de certaines juridictions de Bucarest ou du pays, l’activité étant déroulée par des médiateurs volontaires.

Le 5 octobre 2013, GEMME – Section roumaine a organisé à Bucarest, en partenariat avec le ministère de la Justice, le ministère public – Direction nationale anti-corruption, l’Université chrétienne Dimitrie Cantemir, l’Association Centre des médiateurs professionnels – Bucarest, l’Association professionnelle de médiation de Bucarest – Ilfov, l’Association Centre de

médiation de Buzău, Editura Universitara et Le Forum des Juges de Roumanie, **la Conférence internationale « État. Justice. Médiation »**. L'objectif de cet évènement, qui a eu 200 participants, a été de réunir des experts nationaux et internationaux pour discuter de la façon dans laquelle fonctionne la médiation aussi bien en Roumanie, que dans les autres États, des aspects pratiques de la médiation en différents domaines, de l'obligation d'information concernant les avantages de la médiation, des standards internationaux, des meilleures pratiques et des plans d'avenir concernant la promotion et l'utilisation de la médiation comme mode alternatif de règlement des conflits au niveau européen et national. Les présentations soutenues dans le cadre de cette conférence vont être publiées par Editura Universitară au cours de l'année 2014.

Un nombre significatif d'articles pertinents en matière de médiation ont été publiés de manière constante durant la période 2010-2013 par les membres GEMME – Section roumaine dans la **Revue Le Forum des Juges (Revista Forumul Judecătorilor)**, la seule revue réalisée entièrement par des juges roumains, ainsi que dans la revue **Médiation. Technique et Art (Medierea. Tehnică și Artă)**, éditée par un collectif de médiateurs enthousiastes.

Royaume-Uni

La médiation au Royaume-Uni

Par Sir Alan Ward

Juge honoraire à la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles
Président du *Civil Mediation Council*

C'est pour moi un grand honneur de m'adresser à un auditoire aussi distingué sur le fonctionnement de la justice en Angleterre et au pays de Galles, et je vous suis très reconnaissant de m'avoir invité à partager avec vous notre expérience sur le rôle que joue la médiation dans l'administration de notre justice.

Quelle est l'histoire de la médiation dans ma juridiction ?

Je peux revenir plus de quarante ans en arrière, en 1971, lorsque la chambre de la famille de la Cour suprême introduisit une directive sur la pratique de la conciliation matrimoniale et imposait aux tribunaux de renvoyer les affaires de divorce à un officier de probation pour conduire ce qu'ils appelaient « une conciliation ». La conciliation, ou la médiation, fait désormais partie intégrante du traitement des conflits familiaux relatifs aux enfants, à l'argent ou à la propriété (aux biens). Les tribunaux civils furent plus lents à importer la médiation des États-Unis, mais les avantages ont commencé à se faire sentir, particulièrement au sein du tribunal de commerce, dans les années 1990. Le Conseil de la médiation civile (CMC) dont je suis le président a été créé en 2003 afin de former et d'accréditer les formateurs à la médiation et afin de promouvoir la médiation dans toutes ses formes. Une section spécialisée existe en matière familiale : le Conseil de la médiation familiale (FMC).

Comment la médiation commença-t-elle à se développer ?

Le moteur à l'origine du succès indéniable dont la médiation jouit aujourd'hui fut dans les premiers temps, et l'est toujours bien sûr, l'enthousiasme et la compétence des médiateurs et des formateurs à la médiation, qui ont fait ressortir les avantages en termes de gains de coûts, de temps et d'énergie émotionnelle pour les parties habituellement enfermées dans leurs conflits. Son succès fut reconnu par le pouvoir judiciaire, ce qui amena le ministère de la Justice à répondre à la demande croissante de soutien à la médiation au sein des tribunaux familiaux, civils et prud'homaux. Sans l'encouragement du monde judiciaire, la médiation n'aurait jamais eu la place prédominante qu'elle occupe aujourd'hui et qui fut décrite par Lord Neuberger, le président de la Cour suprême, comme « la jumelle précieuse du procès ».

Dans un discours de 2010, il affirma :

« Promouvoir et faciliter le recours aux ADR pour les cas où ils constitueraient un véritable avantage pour les parties, au regard, notamment, de la souplesse des règles, de la flexibilité de ces procédures et de leur capacité à proposer des issues qui ne pourraient pas l'être devant les tribunaux, constitue un bénéfice non seulement pour les justiciables, mais également pour le système judiciaire. Elle est bénéfique car elle garantit que seuls les cas qui ont un réel besoin, une réelle nécessité d'un processus décisionnel pourront utiliser les ressources limitées dont dispose le système judiciaire. »

Lord Dyson, *Master of the Rolls* et chef de la justice civile, a écrit dans la préface du manuel sur les ADR de Jackson, distribué à tous les juges :

« Les ADR font désormais partie intégrante de la pratique de chaque avocat. Si jamais il y avait le moindre doute sur ce règlement consensuel des litiges... servant l'intérêt public, il a pris fin. Le règlement consensuel... est un aspect essentiel de chaque société civile. L'efficacité de la promotion de l'ADR est incontestablement de l'intérêt public. »

Sir James Munby, président du tribunal familial, auteur d'une récente directive sur la médiation familiale en Angleterre et au pays de Galles, considéré comme un guide pour les juges, déclara :

« La médiation est une part bien établie du processus de résolution de conflit dont le tribunal de la famille fait partie. Il est important que les juges soient conscients des avantages que la médiation peut offrir à la résolution des conflits entre des parents séparés et de garder à l'esprit, lorsque les affaires viennent devant eux, qu'ils peuvent recourir à la médiation ».

Les avantages de la médiation, décrits par ces trois hauts magistrats de la justice civile et familiale, auront des répercussions sur les juges de base.

Comment la médiation se déroule-t-elle en pratique ?

Actuellement, au tribunal de la famille, en dehors des cas exceptionnels, par exemple, les violences domestiques ou la protection des enfants, une audience est prévue pour toutes les procédures familiales et chaque requérant est encouragé à suivre une session d'information confidentielle sur la médiation (MIAM). Les parties ont ainsi la possibilité de se rencontrer avec un médiateur qui les informe sur les bénéfices d'une médiation et sur la possibilité de trouver un accord pour les enfants ou la répartition des biens et les problèmes financiers. L'aide juridictionnelle est aujourd'hui possible pour l'audience d'information. Les médiateurs doivent être qualifiés et approuvés par le Conseil de la médiation familiale.

Les sessions d'information ont été également récemment introduites pour les litiges en droit du travail au sein du tribunal du travail, mais ne sont pas mises en place avant le commencement de la procédure au sein des tribunaux civils. La procédure au sein des tribunaux d'instance et de la Haute Cour est régie par le Code de procédure civile promulgué en 1998 pour mettre en œuvre les réformes proposées par Lord Woolf, alors *Master of the Rolls*. Bien que les ADR ne soient pas mentionnés en tant qu'objectif principal, dans tout litige civil, les accords doivent être encouragés, les affaires doivent être traitées avec diligence et les coûts doivent être proportionnels. Les frais de procédure en Angleterre sont élevés et deviennent un sujet de préoccupation, ce que Lord Justice Jackson a signalé après avoir mené une étude :

« Il devrait y avoir une sérieuse campagne pour s'assurer que tous les avocats et les juges soient correctement informés sur les bénéfices que l'ADR peut apporter, et pour alerter le public et les petites entreprises ».

Le gouvernement a accepté ses recommandations et les règles désormais amendées exigent que les avocats prodiguent des conseils à toutes les étapes clés du litige afin de s'assurer que leur client est suffisamment informé sur les ADR et les procédures amiables et sur les sanctions qui pourraient résulter d'un refus déraisonnable de recourir aux ADR.

L'absence d'information de la part des avocats peut s'analyser en une négligence professionnelle.

Du côté des juges, on attend aujourd'hui qu'ils aient un rôle plus actif dans le traitement des affaires et les coûts engendrés, ce qui inclura le devoir d'encourager les parties à chaque moment de la procédure à recourir aux ADR, le cas échéant. Alors que le tribunal peut et doit encourager la médiation, il ne peut pas contraindre les parties à recourir aux ADR si elles ne le souhaitent pas. Le tribunal peut, néanmoins, ordonner la suspension d'une procédure afin que la médiation prenne place. Le tribunal pourra ordonner le paiement de frais supplémentaires à l'encontre de la partie qui aura déraisonnablement refusé la proposition de recourir aux ADR. La Cour

d'appel a clairement encouragé à recourir à la médiation. Une décision de la Cour d'appel, en 1999, a été l'une des premières d'une succession de déclaration de la Cour d'appel prônant les vertus de la médiation et réprimandant les parties pour leur folie à gaspiller des quantités considérables d'argent dans des différends qui auraient dû et pu être réglés amialement. La dernière décision d'une longue lignée, est un jugement de Lord Justice Briggs (voir *PGF II SA v OMFS Co Ltd* [2013] EWCA Civ 1288) qui rappelle que « les contraintes qui affectent aujourd'hui la mise à disposition des ressources de l'État pour la conduite du procès civil (et qui semblent susceptibles de perdurer dans un avenir proche) appellent à mettre de plus en plus l'accent sur les moyens de veiller à ce que la saisine du tribunal, que ce soit pour le procès ou la gestion des affaires, soit réservée aux litiges qui en relèvent vraiment ». C'est aux parties que revient la responsabilité de s'engager dans un processus d'ADR, dans la mesure où il offre une perspective d'un règlement juste et dont le coût est proportionnel. Saisir le tribunal pour juger une affaire qui aurait pu être réglée plus tôt et à moindres frais par un mode amiable, est un gaspillage des ressources, tout comme l'est le fait d'avoir à faire intervenir la Cour pour encourager les parties à recourir à un processus d'ADR, compte tenu de sa pertinence.

Comme preuve de son propre engagement à la médiation, la Cour d'appel a mis en place un renvoi obligatoire à la médiation dans chaque affaire où la somme litigieuse est aujourd'hui inférieure ou égale à £250,000. En 2013/2014, 51 cas ont été envoyés en médiation ; dans 17 cas, les parties sont convenues d'un accord de médiation qui a réussi 12 cas. Une enquête conduite par le CEDR (Centre pour la résolution efficace des différends) révèle qu'environ 9 500 médiations ont pris place ces 12 derniers mois, soit une augmentation de 9 % par rapport à l'année passée. 75 % des accords ont été trouvés le jour même et 11 % peu après. On estime que ces médiations portaient sur 9 milliards de livres en matière commerciale et ont permis d'économiser 2,4 milliards de livres en temps de management, productivité des relations et frais de procédure. Les frais de médiation ont été de 22,5 millions de livres, soit un incroyable retour sur investissement par rapport aux économies générées.

Incitations légales et gouvernementales

À la conférence de CMC il y a quinze jours, Lord Faulks Q.C., le ministre d'État de la Justice, a reconnu que « *le succès de la médiation et des autres méthodes de résolution des différends, en laissant les procès inutiles en dehors des tribunaux, est la pierre angulaire d'un système de justice plus efficace et plus rentable* ».

Une initiative significative est le renvoi automatique en médiation, sans intervention judiciaire, de tous les cas où la valeur du litige réclamée par les

parties est inférieure ou égale à 10 000 livres. La médiation est conduite par téléphone, par un personnel qualifié du tribunal. Ce service examine actuellement plus de 11 000 référés par an avec un taux de succès de 63 %, économisant près de 9 400 heures d'audience judiciaire. 95 % des utilisateurs sont prêts à recourir à nouveau à ce service. Dans ses efforts pour faire des économies de temps d'un défi financier sans précédent, le ministre de la Justice a dû réduire le personnel du tribunal mais a assuré, lors de la conférence CMC, que chaque tribunal aura à la fin du mois une plaquette d'information afin de promouvoir l'association nationale des formateurs à la médiation et encourager le renvoi des affaires en médiation. Le site Internet du ministère de la Justice sera amélioré afin d'informer le public sur la médiation civile et familiale et de fournir des accès faciles vers le CMC et le FMC. Fait important, le ministère a promis de reconsidérer la session d'information obligatoire à la médiation en matière civile. Le gouvernement étudie également des propositions afin d'introduire la directive européenne sur les ADR au sein de notre droit national, d'ici juin 2015.

Le ministère de la Justice et le département des affaires, de l'innovation et des compétences examinent le potentiel de la médiation par la résolution des conflits en ligne. Depuis 2011, les ministères et leurs agences continuent de donner l'exemple en utilisant les ADR pour résoudre leurs différends juridiques qui, autrement, pourraient conduire à la saisine des tribunaux. Cet engagement a permis aux contribuables d'économiser au moins 400 millions de livres. Le ministère cherche depuis 2012 à persuader les petites et grandes entreprises à recourir à la médiation et à insérer à cette fin une clause de médiation dans tous les contrats qui s'y prêtent.

Le CMC soutient ces initiatives, travaille en étroite collaboration avec le ministre et ensemble nous avons confiance dans l'avenir de la médiation.

Suisse

La médiation commerciale en Suisse

Par **Cinthia Lévy**

Avocate

Médiatrice FSA, CSMC, OMPI, TAS

Membre associée de GEMME, section Suisse

Chargée de cours à l'Université de Lausanne

et à l'Université de Genève

Résumé

La Suisse n'est pas membre de l'Union européenne et n'est donc pas tenue par les dispositions de la directive 2008/52/CE. La législation européenne a cependant été une source d'inspiration pour la réglementation suisse qui est entrée en vigueur en 2011. Le législateur suisse n'a pas été aussi ambitieux que certains législateurs des pays voisins, mais les règles essentielles de la médiation judiciaire sont prévues. Pour que la médiation commerciale trouve sa place en marge de l'arbitrage et de la procédure judiciaire, il faudra encore des formations et des efforts de promotion de la médiation. La médiation commerciale se développe grâce aux efforts de nombreux acteurs dans le monde judiciaire et dans le monde des affaires.

Introduction

La Suisse présente des similitudes et des différences par rapport aux pays voisins en ce qui concerne le développement de la médiation commerciale.

La Suisse n'est pas membre de l'Union européenne. Elle n'est donc pas tenue par la réglementation européenne et notamment par la directive

2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale⁹⁴.

La Suisse se rapproche toutefois de certains pays voisins dans la pratique et les difficultés rencontrées par les praticiens pour promouvoir la médiation⁹⁵. L'entrée en vigueur des dispositions sur la médiation du Code de procédure civile unifié (CPC) le 1^{er} janvier 2011 n'a pas eu l'impact positif souhaité par les médiateurs. Il reste encore de grands efforts à accomplir en Suisse pour promouvoir la médiation, comme mode amiable de résolution des conflits, en marge de la procédure judiciaire et de l'arbitrage.

I – Réglementation suisse sur la médiation civile et commerciale

a) Les travaux préparatoires du Code de procédure civile (articles 213-218 et 297)

Au stade de l'introduction de l'instance, le CPC consacre une section à la médiation⁹⁶, après les dispositions relatives à la conciliation⁹⁷ et avant les dispositions relatives aux procédures ordinaires⁹⁸. Avant le 1^{er} janvier 2011, chaque canton disposait d'une réglementation propre en matière de procédure (civile et pénale). Il n'y avait pas de réglementation fédérale sur la médiation. Certains cantons précurseurs, comme le canton de Genève, avaient toutefois déjà légiféré en la matière⁹⁹.

Le CPC est appliqué dans toutes les causes civiles et commerciales, car la Suisse ne connaît pas de procédures spéciales pour les litiges commerciaux.

La motivation principale du législateur suisse, à l'instar des législateurs européens, a été de rendre la justice plus accessible et de favoriser les solutions amiables plutôt que les décisions imposées. Les travaux préparatoires du CPC sont très clairs à ce sujet :

« Les tribunaux ne doivent pas être saisis de manière hâtive. L'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse. Le

⁹⁴ Les conclusions de l'étude publiée en 2014 par le Parlement européen intitulée « “Rebooting” the mediation directive : assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediation in the EU » sont par contre très instructives pour la Suisse et les conseils pour promouvoir la médiation s'appliquent aussi dans un pays comme la Suisse qui ne dispose pas d'un système de « médiation obligatoire », *Directorate-General for internal policies, Legal Affairs, European Parliament*.

⁹⁵ À ce sujet, voir l'étude « International Mediation Guide » qui reprend de façon succincte le développement de la médiation dans 25 pays, préparée par Clifford Chance en 2013, et disponible sur le site de la Fédération suisse des associations de médiation (FSM), *Newsletter* 2013-06, www.infomediation.ch.

⁹⁶ Articles 213-218 CPC. Le texte complet du Code de procédure civile est disponible sur le site www.admin.ch, rubrique « Droit fédéral », « Recueil systématique ».

⁹⁷ Articles 197-212 CPC.

⁹⁸ Articles 219-242 CPC.

⁹⁹ Loi genevoise sur la médiation civile entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

tribunal n'est pas une société commerciale préoccupée de marketing et de chiffre d'affaires. C'est une autorité. Sa mission est de régler des conflits que les parties ne peuvent, au besoin avec l'aide d'un tiers, résoudre seules. Le règlement à l'amiable a donc la priorité, non pas parce qu'il allège d'autant les tribunaux mais parce qu'en général, les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquentement plus économiques du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourra retenir »¹⁰⁰.

Les travaux préparatoires du CPC¹⁰¹ révèlent les sources d'inspiration européennes et internationales du législateur suisse. La directive 2008/52/CE¹⁰² est citée spécifiquement dans le message, ainsi que le Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial¹⁰³. Plusieurs législations sont également mentionnées comme le Code judiciaire belge, le « Civil Procedure Rules » (CPR) de Grande-Bretagne, le droit autrichien, le droit allemand, le droit français et le droit hollandais. On trouve aussi d'autres sources plus lointaines comme le droit canadien, le droit américain, le droit argentin et le droit australien.

b) Approche modérée du législateur suisse

En comparaison avec les réglementations étrangères relatives à la médiation, le législateur suisse a cependant fait un choix modéré à plusieurs égards :

- Tout d'abord, seule la médiation judiciaire, c'est-à-dire la médiation qui intervient lors de l'introduction d'une procédure judiciaire ou à l'occasion de celle-ci, est visée par les dispositions du CPC. La médiation volontaire n'est donc pas réglementée.
- Par ailleurs, il n'y a pas de règle spécifique sur la suspension du délai de prescription car, dans le cadre prévu par le CPC, le délai de prescription est suspendu par l'introduction de l'instance. Cela signifie qu'une médiation qui n'entre pas dans le champ d'application des règles du CPC ne bénéficie pas de la suspension du délai de prescription¹⁰⁴ – ce qui est restrictif par rapport à d'autres législations

¹⁰⁰ Message CPC, titre 3.2 Points essentiels du projet, objectifs de base : Renforcement du règlement extrajudiciaire des litiges, 6860.

¹⁰¹ Message CPC, titre 4.3 Règlement extrajudiciaire des litiges et médiation, 6870-6873.

¹⁰² À l'époque de la rédaction du message, il s'agissait de la proposition de directive sur les modes alternatifs de résolution des conflits sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (Message 6870).

¹⁰³ Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial du 19 avril 2002, COM (2002) 196 final, cité spécifiquement dans le Message (6870) ainsi que la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

¹⁰⁴ À noter une particularité du droit suisse permettant dans certains cas aux parties

européennes¹⁰⁵ ainsi que par rapport au texte de la directive 2008/52/CE¹⁰⁶.

- D'autre part, le législateur suisse n'a pas souhaité imposer aux cantons une règle générale sur le droit à l'assistance judiciaire en matière de médiation en laissant le choix aux cantons de légiférer en la matière. Il en résulte des situations très différentes entre les cantons, certains accordant l'assistance judiciaire pour les médiations et favorisant ainsi le recours à la médiation¹⁰⁷, d'autres soumettant la couverture de l'assistance judiciaire à la condition que le médiateur soit un avocat¹⁰⁸. Certains cantons ont renoncé à offrir l'assistance judiciaire pour la médiation ce qui constitue, sans nul doute, un frein au développement de la médiation¹⁰⁹.
- Il n'existe pas non plus de réglementation fédérale concernant l'accréditation des médiateurs, ce domaine étant également confié aux cantons¹¹⁰.
- Le législateur suisse n'a pas jugé opportun de prévoir, au niveau fédéral, d'incitation au recours à la médiation en ce qui concerne les frais de procédure comme c'est le cas dans plusieurs pays européens¹¹¹.
- Enfin, le législateur suisse a suivi le principe selon lequel l'entrée en médiation se fait sur une base strictement volontaire et n'a prévu

d'interrompre le délai de prescription contractuellement en renonçant à se prévaloir de l'exception de prescription dans le contexte de l'article 135 Ch 2 CO.

¹⁰⁵ Ainsi, le droit belge prévoit la suspension du délai de prescription pour la médiation judiciaire et pour la médiation volontaire.

¹⁰⁶ Article 8 de la Directive 2008/52/CE. À noter que les dispositions de la directive s'appliquent à la fois à la médiation judiciaire et à la médiation engagée par les parties en dehors de toute procédure selon l'article 3 a. de la directive.

¹⁰⁷ C'est le cas du canton de Fribourg et du canton de Genève dans lesquels l'assistance *extrajudiciaire* pourra être sollicitée aussi, c'est-à-dire pour une médiation en dehors de toute procédure civile ; Pastore, F., Sambeth Glasner B., « La médiation dans le Code de procédure civile unifié », Revue de l'avocat, 8/2010, p. 334.

¹⁰⁸ C'est le cas du canton d'Argovie.

¹⁰⁹ C'est le cas du canton de Vaud.

¹¹⁰ Dans le canton de Vaud, il s'agit du Règlement sur les médiateurs civils agréés du 22 juin 2010, qui détermine les conditions d'agrément, d'indépendance, de neutralité et d'impartialité du médiateur, qui affirme le principe de la confidentialité de la médiation et qui institue une commission de préavis chargée d'examiner les dossiers de demande d'inscription sur la liste des médiateurs agréés par le tribunal cantonal. Cette liste est accessible aux tribunaux qui sont chargés de la mettre à disposition des parties. Les conditions pour être inscrit comme médiateur agréé sont précisées dans la loi vaudoise d'introduction du CPC unifié, appelée le Code de droit privé judiciaire vaudois, www.vd.ch, rubrique « Législation ».

¹¹¹ En République tchèque, 80 % des frais de procédure sont remboursés si les parties trouvent un accord en médiation. En Roumanie, une réduction des frais de procédure est également prévue. C'est encore le cas dans le projet de loi sur la médiation en Lettonie. En Pologne, les frais de justice peuvent être mis à charge de la partie qui refuse de participer à la médiation sans raison valable.

aucun mécanisme d'information obligatoire sur la médiation, ou de séance de médiation obligatoire comme c'est le cas dans un certain nombre de pays européens¹¹².

c) Le droit suisse fédéral sur la médiation : les articles 213-218 et 297 du CPC¹¹³

Le législateur suisse, comme d'autres législateurs européens, a opté pour la concision. Il a laissé une grande liberté aux parties pour l'organisation du processus de médiation. Les sept articles du CPC visent essentiellement l'articulation entre la médiation et la procédure judiciaire.

Ainsi, l'article 213 CPC traite de la médiation qui **remplace la procédure de conciliation**. Les parties font la demande et la procédure de conciliation est remplacée par une médiation. La demande peut être formulée dans la requête de médiation ou à l'audience de conciliation. Si la médiation n'aboutit pas, l'autorité de conciliation délivre l'autorisation de procéder.

L'article 214 CPC porte sur la médiation qui se déroule **pendant la procédure au fond**. Il est prévu que le tribunal peut en tout temps conseiller aux parties de procéder à une médiation. De même, les parties peuvent déposer une requête commune visant à ouvrir une « *procédure de médiation* »¹¹⁴. Cette disposition n'empêche pas une partie de faire la demande de médiation au tribunal et dans ce cas, cette demande donnera lieu à une discussion à l'audience. Si l'autre partie se rallie à cette demande, la médiation pourra commencer.

L'article 214 CPC prévoit également que « *la procédure judiciaire reste suspendue jusqu'à révocation de la requête par une partie ou jusqu'à la communication de la fin de la médiation* ». Il ne s'agit pas ici d'un mécanisme de suspension du délai de prescription à proprement parler, car le délai est suspendu en raison de l'introduction de l'instance. Cette disposition

¹¹² Par exemple, la loi italienne prévoit, après quelques déboires constitutionnels, une première rencontre de médiation obligatoire préalable à toute procédure dans une série de matières. D'autres pays prévoient une séance d'information préalable et gratuite sur la médiation avant de pouvoir entamer une procédure au fond, c'est le cas de la Roumanie. La Directive 2008/52/CE prévoit également que la juridiction saisie peut « *inviter les parties à assister à une réunion d'information sur le recours à la médiation pour autant que de telles réunions soient organisées et facilement accessibles* », Art. 5.

¹¹³ Mirimanoff J., « La médiation en matière civile et commerciale et médiation(s) : esquisse générale », in « La médiation dans l'ordre juridique suisse. Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire », Helbing Lichtenhahn, 2011 ; Sur l'entrée en vigueur du CPC et un commentaire sur ses dispositions, voir Haldy J., « La nouvelle procédure civile suisse », Helbing Lichtenhahn, 2009.

¹¹⁴ Le choix de la terminologie « procédure de médiation » n'est pas très heureux. Il aurait été préférable de parler de « processus de médiation » ou simplement de médiation comme c'est le cas dans les autres articles du CPC.

implique que le juge va suspendre le traitement de l'affaire en attendant le déroulement et l'issue de la médiation.

Il est parfaitement concevable que le juge et le médiateur soient en contact à ce stade pour informer le tribunal du début et de la fin de la médiation.

Le CPC ne prévoit rien sur la possibilité pour le juge de désigner un médiateur, même si cela se fait parfois, il est simplement prévu que le juge peut conseiller la médiation aux parties.

L'article 215 CPC concerne l'organisation et le déroulement de la médiation. Le législateur suisse a donné toute **liberté aux parties**. L'organisation et le déroulement de la médiation se feront de concert avec le médiateur, gardien du cadre de la médiation.

L'article 216 CPC reprend l'un des principes fondateurs de la médiation que l'on retrouve dans la plupart des dispositions européennes et internationales, à savoir la **confidentialité**. Bien que les contours de ce que recouvre la confidentialité en médiation soient parfois difficiles à cerner, l'affirmation du principe est essentielle dans la réglementation. Cet article précise en outre que la médiation est indépendante par rapport à l'autorité de conciliation et du tribunal. Cela signifie que le médiateur ou les parties et leurs conseils n'ont pas de comptes à rendre au tribunal par rapport à la médiation.

L'article 216 alinéa 2 CPC prévoit d'ailleurs que les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans la procédure judiciaire.

La **ratification** de l'accord intervenu en médiation est prévue à l'article 217 CPC¹¹⁵. Cet article précise que les parties peuvent demander la ratification de l'accord conclu dans le cadre de la médiation et que cet accord ratifié a les mêmes effets qu'une décision passée en force de chose jugée. Il faut souligner le caractère volontaire de la demande de ratification de l'accord. Dans la pratique, la demande de ratification de l'accord intervenu en médiation commerciale est assez rare. En revanche, la possibilité de demander cette ratification peut être un argument favorable pour entamer une médiation dans le monde des affaires. La doctrine considère par ailleurs qu'un accord de médiation intervenu en dehors des dispositions du CPC devrait pouvoir bénéficier de la ratification par le tribunal, même si cela n'est pas expressément prévu dans le CPC¹¹⁶.

¹¹⁵ À noter que dans certaines législations, on utilise le mot homologation plutôt que ratification pour désigner le même processus. À la différence du droit suisse, le droit belge prévoit que la demande de ratification peut se faire à la demande d'une seule partie (article 1733 CJ pour la médiation volontaire et article 1736 CJ pour la médiation judiciaire).

¹¹⁶ Pastore, F., Sambeth Glasner B., La médiation dans le Code de procédure civile unifié, Revue de l'avocat, 8/2010, p. 332.

L'article 218 CPC concerne les **frais** de la médiation qui sont à charge des parties. La gratuité de la médiation peut être demandée en droit de la famille, pour des affaires non patrimoniales et uniquement dans certaines conditions¹¹⁷.

Comme mentionné ci-dessus, le CPC prévoit que les cantons peuvent introduire des dispenses de frais supplémentaires, ce que certains cantons ont fait avec succès. De façon prévisible, on assiste dans les cantons concernés, à un développement de la médiation supérieur aux cantons dans lesquels aucune dispense supplémentaire n'a été prévue.

Il faut encore souligner l'article 297 CPC qui prévoit un mécanisme tout à fait particulier dans la mesure où il permet au magistrat « **d'exhorter** » **les parties à tenter une médiation**. Certes, cette disposition est limitée au droit familial, dans des procédures matrimoniales, lorsque le tribunal entend les parents personnellement pour régler le sort des enfants. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un message fort du législateur concernant l'utilité de la médiation et du rôle à jouer par le magistrat pour encourager les parties à s'orienter vers une voie amiable plutôt que la voie judiciaire. Aujourd'hui, encore peu de magistrats font usage de cette disposition pour renvoyer les parties en médiation.

II. La médiation commerciale en Suisse

a) Accueil des magistrats et des avocats

Malgré les dispositions du CPC, qui s'appliquent à toutes les procédures civiles et commerciales, et la volonté claire du législateur de promouvoir la médiation dans tous les domaines, la médiation peine encore à faire sa place en Suisse. Penser en termes de modes amiables de résolution des conflits est loin d'être systématique dans le monde des affaires ou chez les avocats commercialistes¹¹⁸.

Lorsqu'il est question d'une alternative au tribunal dans un litige commercial en Suisse, c'est plutôt vers l'arbitrage que les avocats orientent leurs clients¹¹⁹. La pratique de la médiation selon les dispositions du CPC, ou en dehors d'une procédure judiciaire, progresse doucement mais sûrement.

Comme dans d'autres pays, peu de juges suggèrent actuellement la médiation aux parties dans la pratique. Certains ne sont d'ailleurs pas du tout

¹¹⁷ Article 218 al.2 CPC.

¹¹⁸ Mis à part la conciliation judiciaire bien sûr, mais à laquelle les parties sont contraintes de se soumettre puisqu'il s'agit désormais d'une étape de procédure obligatoire, sauf les exceptions prévues par la loi.

¹¹⁹ Imhoos, C., La médiation commerciale en lien avec l'arbitrage, *in* La médiation dans l'ordre juridique suisse, une justice durable à l'écoute du troisième millénaire, Helbing Lichtenhahn, 2011, 113-148.

convaincus par l'utilité de la médiation. Il s'agit parfois d'un manque d'information sur la médiation, ou de formation sur la façon de présenter la médiation aux parties et à leurs avocats. Certains magistrats craignent de minimiser le travail du tribunal en proposant la médiation, ou de donner l'impression qu'ils ne veulent pas prendre l'affaire. Malgré les dispositions du CPC, certains juges considèrent que si le dossier est déjà au tribunal, c'est trop tard pour une médiation. Une grande partie des magistrats ne distingue pas clairement la différence entre médiation et conciliation, considérant que si la conciliation judiciaire n'a pas abouti, la cause est perdue pour les modes amiables et que seul un jugement pourra avoir raison de l'affaire ou des parties. Il subsiste en outre une certaine méfiance des magistrats à l'égard des médiateurs, de leur formation et de leurs compétences.

Certains magistrats sont plus confiants à l'égard du processus lorsque le médiateur est juriste et lorsqu'ils connaissent le médiateur. Ils perçoivent, dans la formation juridique des médiateurs, une assurance que le médiateur va pouvoir « donner les bonnes orientations aux parties et fournir au tribunal un accord qui tienne la route ».

La promotion de la médiation faite par les avocats auprès de leurs clients est souvent trop timide, ou inexistante. Cela constitue aussi une difficulté importante pour le développement de la médiation commerciale en Suisse¹²⁰.

Il faudra encore du temps, de la patience et des formations pour que les magistrats et les avocats en Suisse commencent à s'intéresser de façon plus concrète à la médiation. Des efforts doivent être consentis pour comprendre la complémentarité des processus de médiation et de conciliation et assimiler l'intérêt que le renvoi ou l'accompagnement en médiation peut apporter dans la pratique du juge ou de l'avocat. Un travail de fond doit être fait pour éclairer les juges et les avocats sur l'utilité de la médiation comme outil dont ils pourront se servir dans la gestion de leurs dossiers et répondre ainsi à l'intérêt des parties de voir leur dossier géré autrement que par la force et la contrainte.

b) La conciliation judiciaire obligatoire – incidence sur la médiation

Le législateur suisse a rendu la conciliation judiciaire obligatoire¹²¹, sauf exception¹²², dans les dispositions du CPC. Cela a eu une incidence négative sur le développement de la médiation. Il existe certes des similitudes et des rapprochements entre conciliation et médiation, même si ces deux processus

¹²⁰ À ce sujet, Lévy C., « Les avantages de la médiation pour l'avocat », *Revue de l'avocat*, 11-12/2013, 470-476.

¹²¹ Article 197 CPC.

¹²² Les procédures de divorce constituent une exception importante à la conciliation obligatoire selon l'article 198 c. CPC. Pour les autres exceptions et la possibilité de renoncer à la conciliation obligatoire, consultez les articles 198-199 CPC.

présentent des différences fondamentales¹²³. Dans l'esprit de la majorité des juges et pour les avocats et leurs clients, la conciliation obligatoire constitue un cadre dans lequel « on tente de se mettre d'accord » et qui, de surcroît, est « gratuit »¹²⁴. L'absence de formation¹²⁵ entraîne naturellement une certaine réticence à l'égard de la médiation, perçue comme un autre processus dans lequel « on tente de se mettre d'accord », qui n'est pas encore très répandu et dans lequel on va être mis en présence d'un tiers « qui ne décide rien et qui n'a aucun pouvoir de contrainte » et qu'il faudra payer, de surcroît ! Si on suit ce raisonnement et que la médiation n'est pas obligatoire, pourquoi perdre encore du temps si la conciliation n'a pas abouti ?

Cette approche un peu basique mais courante est induite par le caractère obligatoire de la conciliation et le caractère volontaire de la médiation¹²⁶.

Les outils de communication et d'écoute ne sont cependant pas réservés aux médiateurs. Quelques juges conciliateurs se sont d'ailleurs formés à ces techniques pour aider les parties à trouver des solutions amiables dans le cadre des audiences de conciliation. Cette démarche est à encourager. Pour certains, le choix et l'utilisation de ces outils seront une extension intéressante pour leur pratique de conciliation et la formation permettra d'affiner leurs méthodes et de s'exercer dans des cas concrets. Pour d'autres magistrats, cette formation sera certainement une totale découverte. L'intérêt pour cette formation ne sera par contre pas partagé par tous les magistrats. La conciliation et la médiation n'en restent pas moins des processus

¹²³ La conciliation se limite souvent à une négociation sur position, assistée par le juge conciliateur. La médiation permet un accompagnement des parties dans un processus de négociation raisonnée, impliquant la recherche des intérêts et un travail sur les options. Le temps mis à disposition dans un contexte non judiciaire est aussi un élément essentiel de la distinction entre conciliation et médiation. Dans la roue du Fuitak, la conciliation consisterait à passer de la phase 1 (description des demandes – problématique) à la phase 4 (Solution) ; voir également sur la distinction entre les deux processus : Guy-Ecabert C., « Conciliation ou médiation ? Guider le juge et le justiciable par une analyse entre les processus », RJN 2011, 19-39.

¹²⁴ La conciliation est gratuite dans la mesure où le justiciable qui a introduit une procédure en justice – et donc payé les frais de procédure – ne devra pas s'acquitter d'un montant supplémentaire pour payer le juge conciliateur à la différence de la médiation où les honoraires du médiateur sont à charge des parties. Cette gratuité ne prend pas en compte les frais indirects liés à une procédure judiciaire (temps, disponibilité, incidence sur les affaires, la rentabilité de l'entreprise, la perte de motivation, le stress, etc.)

¹²⁵ Je pense principalement aux techniques d'écoute et de communication, à la négociation raisonnée, au rôle de tiers neutre non évaluateur, au rapport horizontal que les parties entretiennent avec le médiateur alors qu'elles auront un rapport vertical avec le juge conciliateur, au lieu, au contexte non judiciaire et au temps qui est mis à disposition lors des séances.

¹²⁶ Il est intéressant de relever que dans l'étude du Parlement européen de 2014 citée ci-dessus (*op.cit.* 1), une des mesures préconisées pour promouvoir la médiation est précisément de rendre le processus ou le démarrage du processus obligatoire.

distincts, dans un cadre et avec des intervenants différents¹²⁷. Certains dossiers se prêtent mieux à la conciliation en raison de facteurs multiples, d'autres devraient être orientés en médiation afin de permettre aux parties de rétablir un dialogue et de trouver des solutions amiables dans un contexte non judiciaire. Ces deux processus peuvent cependant être complémentaires. Dans certains cas, il pourrait y avoir un renvoi en médiation dans le cadre d'une conciliation qui aurait déjà bien avancé mais qui serait dans une impasse. À l'inverse, un dossier qui n'avance pas en médiation pourrait bénéficier d'une conciliation, dans un cadre et un lieu plus formels et avec un autre rapport entre les participants et le tiers, juge conciliateur. Nous avons encore beaucoup de travail en Suisse pour permettre un flux harmonieux entre ces différents processus¹²⁸.

III – Les acteurs de la médiation commerciale en Suisse

Parmi les acteurs de la médiation commerciale en Suisse, on peut citer les médiateurs commerciaux, la Fédération suisse des avocats (FSA), les Chambres de commerce, la Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC), certaines organisations internationales ayant leur siège en Suisse, les universités et les centres de formation.

Dans la plupart des cas, les médiateurs suisses sont généralistes, c'est-à-dire qu'ils ne pratiquent pas uniquement la médiation commerciale, mais aussi la médiation familiale ou la médiation pénale. Une véritable spécialisation nécessite plus de cas de médiation.

La plupart des médiateurs commerciaux sont des avocats ou des juristes qui ont suivi une ou des formations de médiation et qui sont accrédités par un organisme reconnu, comme la Fédération suisse des avocats (FSA)¹²⁹, la Fédération suisse des associations de médiation (FSM), la Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC) ou des organismes étrangers comme la Chambre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP), le *Center for effective dispute resolution* (CEDR) ou d'autres organismes d'accréditation de médiateurs étrangers.

Actuellement, la plupart des médiateurs exercent une autre activité professionnelle en parallèle, sauf pour les médiateurs qui travaillent dans des institutions.

¹²⁷ Guy-Ecabert C., « Conciliation ou médiation ? Guider le juge et le justiciable par une analyse entre les processus », RJN 2011, 19-39.

¹²⁸ Mirimanoff J., et Vigneron S., « La libre circulation des litiges », CEDIDAC – Le Règlement amiable des conflits dans le nouveau CPC – Octobre 2009.

¹²⁹ Depuis quelques années, un nombre croissant d'avocats se forme à la médiation et demande la reconnaissance de la spécialité de médiation auprès de la FSA. Cet engouement devrait contribuer au développement de la médiation au sein des différents barreaux.

Les Chambres de commerce des différents cantons participent activement à la promotion de la médiation commerciale en Suisse. Pendant plusieurs années, les chambres ont montré un grand enthousiasme pour développer la médiation en organisant des conférences, des formations et petits déjeuners de la médiation et en offrant des services de médiation à leurs membres. Elles ont aussi rédigé un règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses¹³⁰. Dans certains cantons, on assiste toutefois à un ralentissement de cet engouement qui se traduit par l'organisation de moins d'activités et moins de communication sur la médiation. Cela est dû principalement au fait que les Chambres n'ont pas eu le retour escompté par rapport au Règlement suisse de médiation commerciale et qu'il n'y a eu que très peu de cas de médiation introduits auprès des Chambres. Récemment, suite à l'arrêt du tribunal fédéral du 9 mai 2012¹³¹ rendant obligatoire la désignation d'une personne de confiance pour gérer les conflits internes au sein des entreprises, on note un regain d'intérêt des Chambres de commerce pour les modes amiables de résolution des conflits. Ainsi, les Chambres se sont réunies pour proposer un service de mise à disposition de personnes de confiance pour gérer les conflits internes à l'entreprise¹³².

On peut également citer la Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC) qui regroupe les médiateurs commerciaux dans toute la Suisse. La CSMC est un organisme d'accréditation des médiateurs commerciaux. Cette Chambre est organisée sous forme de sections dans chaque canton avec une entité au niveau fédéral. C'est un organisme fédérateur qui permet aux médiateurs dans le domaine commercial de se rencontrer et d'échanger. La CSMC organise régulièrement des colloques et dispose d'un site Internet permettant de retrouver les médiateurs accrédités dans les différents cantons.

Au niveau international, il est intéressant de citer l'Organisation mondiale pour la protection de la propriété intellectuelle (OMPI – WIPO), dont le siège est à Genève et qui a élaboré une réglementation sur la médiation

¹³⁰ Le Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses peut être commandé auprès des Chambres de commerce. Par ailleurs, les sites Internet des Chambres de commerce informent les membres sur le processus de médiation et donnent toutes informations utiles en vue d'entamer une médiation sous les auspices de la Chambre concernée. Certaines Chambres de commerce proposent des clauses de médiation sur leur site, d'autres réservent ces informations pour leurs membres.

¹³¹ TF 2C_462/2011, www.bger.ch.

¹³² Sur le site de la Chambre vaudoise de commerce et de l'industrie (CVCI), on peut lire : « *La CVCI propose un nouveau service permettant aux salariés et/ou aux employeurs de la saisir lorsqu'un conflit interne survient, ceci afin de mettre rapidement en place une procédure et désigner une personne de confiance externe. Ce service répond à l'arrêt du tribunal fédéral imposant à chaque entreprise, indépendamment de sa taille, de disposer d'un système de gestion et de prévention des conflits* ». On notera que le terme « médiateur » n'apparaît pas dans cette communication, mais uniquement « personne de confiance » neutre, indépendante et impartiale.

spécifique pour les litiges en matière de propriété intellectuelle¹³³. L'OMPI a constitué une liste de médiateurs agréés.

Un autre exemple d'acteurs dans le monde de la médiation commerciale est le tribunal arbitral du sport (TAS-CAS) qui a récemment revu en profondeur son règlement de médiation et qui entend promouvoir la médiation et pas uniquement l'arbitrage pour les litiges sportifs au sens large¹³⁴. Le TAS dispose également d'une liste de médiateurs agréés en Suisse et dans de multiples pays.

La promotion de la médiation commence par l'enseignement à tous niveaux¹³⁵. Plusieurs universités suisses ont compris l'enjeu de l'enseignement de la négociation et de la médiation et offrent des cours selon des formules diverses.

À l'Université de Genève, par exemple, le cours de négociation et médiation est un cours obligatoire donné dans le cadre de l'école d'avocature (ECAV)¹³⁶. Le cours est donné à la fois sous forme de cours ex-cathedra et sous forme de séminaires.

À l'Université de Lausanne, le cours de médiation et modes alternatifs de résolution des conflits en matière civile et commerciale est proposé par la faculté de droit dans plusieurs programmes de masters. Depuis quelques années, le cours est ouvert aux étudiants de HEC, ce qui permet d'avoir dans un même auditoire les futurs hommes et femmes d'affaires et les futurs juristes. Les étudiants peuvent faire des travaux de séminaire et des travaux de mémoire dans le domaine de la médiation.

À l'Université de Neuchâtel, il existe un cours de modes amiables de résolution des conflits au niveau du master en droit. On soulignera aussi le travail important fait par le Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits (CEMAJ) qui organise régulièrement des conférences sur la médiation.

On signalera encore l'Institut universitaire Kurt Bösch à Sion (IUKB) qui délivre un diplôme et des certificats en médiation.

¹³³ Sur le site de l'OMPI, on trouve les règles de médiation dans le domaine de protection de la propriété intellectuelle (www.wipo.int/amc/en/mediation/rules), et des exemples de cas pratiques qui ont été soumis à la médiation (www.wipo.int/amc/en/mediation/case-example.html).

¹³⁴ www.tas-cas.org/mediation-rules – à noter qu'il ne s'agit pas ici du contentieux disciplinaire mais des autres litiges, notamment de nature commerciale, qui parviennent au TAS.

¹³⁵ L'importance de l'enseignement universitaire mais également au niveau secondaire est soulignée dans les conclusions de l'étude du Parlement européen de 2014 sur la Directive 2008/52/CE, *op.cit.* 1 ci-dessus.

¹³⁶ L'ECAV est une formation dispensée par l'Université de Genève qui est obligatoire pour tous les jeunes juristes diplômés qui souhaitent entamer un stage d'avocat.

Il y a par ailleurs de nombreuses formations de base et des formations continues qui sont proposées chaque année à l'attention des médiateurs et du public.

Tous ces cours et formations contribuent au développement de la médiation par une meilleure connaissance du processus et par le nombre croissant d'étudiants et de professionnels, qui au cours de leurs parcours universitaire ou leur formations, auront été amenés à réfléchir sur les différents modes de résolution des conflits en bénéficiant d'un enseignement spécifique sur la médiation.

Conclusion

La réglementation sur la médiation au niveau fédéral en Suisse est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Depuis, de nombreux colloques ont été organisés et les formations professionnelles et universitaires se multiplient. L'intérêt pour la médiation commerciale est présent dans le monde des affaires averti et chez les juristes, et la pratique évolue doucement. Il faudra encore quelques années pour que la médiation commerciale prenne la place qu'elle mérite dans le paysage de la résolution des conflits. De nombreux acteurs du monde judiciaire, du monde académique et du monde des affaires contribuent à cette évolution favorable.

III

L'émergence des bonnes pratiques

Comment introduire la médiation dans notre culture judiciaire ?

Jean A. Mirimanoff

Cofondateur de la section Suisse
Médiateur assermenté, Magistrat honoraire

Préambule

Le thème de notre rencontre – « *Regards croisés sur la médiation judiciaire* » – représente une importante étape nous conduisant au dixième anniversaire de notre association le 19 décembre 2013¹³⁷, le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME), une ONG avec statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe¹³⁸. Ce jubilé tout proche sera l'occasion, après l'évaluation d'aujourd'hui, d'en tirer l'enseignement pour nous, magistrats, médiateurs, avocats et autres amis de la médiation, et d'en rechercher les priorités pour notre action future, sur le plan national et européen.

Dans cette perspective, nous commencerons par examiner le caractère particulier de la « Renaissance » de la médiation dans nos pays (1), puis par évoquer les obstacles qu'elle y rencontre encore sur le terrain (2) et enfin, par repérer les mesures qui favoriseront son inclusion dans notre culture judiciaire (3), avant de conclure sur des pistes possibles d'engagement concret.

¹³⁷ GEMME a été fondé le 19 décembre 2003 par Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation à Paris, Béatrice Blohorn-Brenner, présidente de la Cour d'appel de Grenoble et Éric Battistoni, juge de première instance en Belgique. Il a vite compris des représentants d'Allemagne, Belgique, France, Italie et compte aujourd'hui 20 sections nationales parmi les pays membres de l'Union européenne et de l'AELE.

¹³⁸ Paradoxalement, GEMME n'a pas encore acquis un statut similaire auprès de l'Union européenne, alors qu'il est principalement ouvert aux membres de ces pays de par ses statuts.

Au passage signalons la définition de la médiation proposée récemment par la Conférence de La Haye de droit international privé qui a le mérite d'une part d'être à la fois claire, simple et précise, d'autre part reconnue sur le plan international, et enfin dont la rédaction met bien en évidence **son appartenance à la justice participative**¹³⁹ :

« On peut définir la médiation comme une procédure volontaire structurée par laquelle un "médiateur" facilite les communications entre les parties à un conflit, ce qui leur permet de prendre la responsabilité de la recherche d'une solution à leur conflit »¹⁴⁰.

1. Quelle Renaissance ? Quel résultat ?

Mais peut-on parler de « Renaissance » à propos de la médiation ? Oui et non. Oui, dans la mesure où la médiation est apparue en Europe sous d'autres formes, plus archaïques, dès l'Antiquité grecque, s'est transformée ensuite au Moyen Âge puis s'est manifestée magistralement sous une forme moderne avec le Traité de paix de Westphalie de 1648, qui mit fin à la guerre de Trente Ans, laquelle ensanglanta presque toute l'Europe continentale¹⁴¹. L'ancienne médiation embrassait même la majorité du contentieux dans plusieurs de nos pays d'Europe continentale, jusqu'à sa quasi-disparition, depuis le début du XIX^e siècle¹⁴². Non, dans la mesure où cette institution ne comprenait pas de forme judiciaire, une innovation récente remontant à la fin du siècle dernier.

Ainsi, il y a donc, d'une part, « Renaissance » de la médiation sous sa forme conventionnelle, avec l'apparition de plusieurs associations depuis une vingtaine d'années en Suisse comme dans d'autres pays d'Europe continentale, sous l'influence de son succès renouvelé dans le monde anglo-saxon. Il y a, d'autre part, « innovation » de la médiation sous sa forme

¹³⁹ En ce sens qu'elle permet « aux personnes et aux collectivités de participer à l'élaboration de la solution à un problème. Elle est porteuse d'un droit construit par et pour l'humain, par opposition à un droit déjà présent... », Marquis Louis, *Lex mercatoria et pluralisme normatif*, in : Osman Filiali (sous la direction de), « Vers une *lex mercatoria mediterranea*, Harmonisation, unification, codification du droit dans l'Union pour la Méditerranée », Bruylant/Larcier, 2012 (Préface d'Ahmed MAHIOU), p. 56.

¹⁴⁰ HccH, Projet de guide de bonnes pratiques en vertu de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Cinquième partie, Médiation, établi par le Bureau permanent, mai 2011. Il est donc parfaitement réducteur d'affirmer que la médiation a pour objet de « régler un litige » : cf. Gorchs Béatrice, *La médiation dans le procès civil : sens et contresens*, in : RTD civ. n° 3-2003, p. 409-425.

¹⁴¹ Duss-Von Werdt Joseph, *Homo Mediator, Geschichte und Menschenbild der Mediation*, Klett-Cotta, Stuttgart, mars 2005 ; Mirimanoff Jean A., *La médiation n'est pas dans notre culture ? Observations sur les mouvements et les éclipses de la justice plurielle*, in : www.richterzeitung.ch mars 2010.

¹⁴² Dolan Claire (sous la direction de), « Entre justice et justiciables, les auxiliaires de la justice du Moyen Âge au XX^e siècle », Les Presses de l'Université Laval, 2005.

judiciaire, avec l'introduction de la médiation dans nos codes de procédure¹⁴³ au cours des deux dernières décennies en Europe, sous l'impulsion des travaux du Conseil de l'Europe¹⁴⁴ relayés par ceux de l'Union européenne¹⁴⁵.

Or, ces deux mouvements n'ont eu globalement *aucun impact majeur en pratique* : ils n'ont pas réussi à modifier les vieilles habitudes du monde judiciaire consistant à privilégier *systématiquement* le combat judiciaire et l'arbitrage. En effet, le nombre d'affaires envoyées en médiation ne représente dans la plupart de nos pays qu'une infime part du contentieux judiciaire et arbitral. Cette situation est de surcroît masquée par l'absence de statistiques officielles à l'échelle du pays. Les efforts des associations et les décisions de nos législateurs constituent donc *des mesures nécessaires mais manifestement insuffisantes* à l'essor de la médiation sur notre continent.

2. Pourquoi un tel « syndrome de Pavlov » ?

Pourquoi l'accès à la médiation est-il ainsi globalement verrouillé dans la pratique ? Pourquoi les dispositions de nos codes qui en prescrivent ou en recommandent l'usage restent-elles généralement inappliquées ? Divers facteurs, d'ordre culturel, psychologique, politique et sociologique concourent à cette situation.

Obstacles d'ordre culturel

Le combat judiciaire avec ses règles enchâssées dans nos codes de procédure reste la référence et le passage obligé pour tout litige. Référence à

¹⁴³ En Suisse, ces deux formes – non judiciaire et judiciaire – ne présentent aucune différence quant à l'autonomie du processus, qui reste dans les deux cas l'affaire des parties et du médiateur.

¹⁴⁴ Conseil de l'Europe, « Présentation du 2^e rapport d'évaluation des systèmes judiciaires européens, Efficacité et qualité de la justice », CEPEJ (2008), Strasbourg, le 8 octobre 2008 ; Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de la recommandation existante concernant la médiation en matière pénale, CEPEJ (2007) 13, Strasbourg, le 7 décembre 2007 ; Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre des recommandations existantes concernant la médiation familiale et en matière civile, CEPEJ (2007) 14, Strasbourg, le 7 décembre 2007 ; Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de la recommandation sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, CEPEJ (2007) 15, Strasbourg, le 7 décembre 2007 ; Avis n° 6 (2004), CCJE, sur le procès équitable dans un délai raisonnable et le rôle des juges dans le procès, en prenant en considération des modes alternatifs de règlement des litiges, Strasbourg, 24 novembre 2004 ; Programme de coopération pour le renforcement de l'État de droit, réduire la durée des procédures civiles, Madrid, juillet 2001, Conclusion n° 9 ch. VI, Médiation et ADR ; Recommandation sur la médiation en matière civile, Rec (2002) 10 ; Recommandation sur la médiation en matière pénale, Rec (99) 19 ; Recommandation sur la médiation familiale, Rec (98) 1 ; Recommandation sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, Rec (2001) 9, www.coe.int

¹⁴⁵ Parlement européen, Directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, 21 mai 2008 (Directive 2008/52).

la fois légitimée par la *tradition multiséculaire du droit romain* (vivante dans nos facultés de droit) et inaltérée par la *profonde méconnaissance de la médiation* (encore largement boudée ou négligée par lesdites facultés). Les tentatives d'asservissement de la médiation (juridictionnalisation du processus) en dérivent, comme celle d'y introduire les principes directeurs du procès comme celui du contradictoire.

De l'école secondaire avec ses cours *d'introduction au droit* aux « hautes écoles d'avocature et de magistrature » formant les futurs et principaux acteurs du monde judiciaire, quelles sont aujourd'hui les personnes ou catégories de personnes qui y reçoivent dans nos pays un *enseignement obligatoire, pérenne et suffisant sur la médiation* ?

Obstacles d'ordre psychologiques

De plus, la peur découle de l'ignorance, et les peurs découlant de la méconnaissance de la médiation se présentent sous des formes aussi diverses qu'infondées, mais profondément ancrées dans les esprits et les comportements. La *peur de la nouveauté* peut être apaisée par la présentation au monde judiciaire de la médiation telle qu'elle est : **une institution différente et complémentaire** de la justice étatique, qui n'a donc pas vocation à la remplacer comme institution, mais à coexister en synergie avec elle¹⁴⁶. Et l'information du public sur la médiation, qui n'a pas encore été entreprise dans maint pays, contribuera à engendrer la confiance de nos concitoyens envers ce qu'ils ne connaissent pas. La *peur de perdre son pouvoir* : le magistrat qui recommande la médiation *à bon escient* verra au contraire son autorité renforcée et pourra se consacrer d'autant mieux aux dossiers pour lesquels la justice étatique est plus appropriée. Il apprendra à la prescrire non pour se décharger d'affaires lourdes ou complexes. Il la recommandera parce qu'il aura compris, de par la formation qu'il aura reçue, que cette méthode peut, dans des cas déterminés, être plus bénéfique pour ses justiciables¹⁴⁷ que la procédure civile, en tant qu'elle rétablit ou transforme les liens entre les parties. La *peur de perdre des ressources* elle aussi s'éteint lorsque l'avocat saisit quel est son nouveau rôle dans le processus¹⁴⁸, que celui-ci aboutit, dans la majeure partie des cas, à un résultat

¹⁴⁶ Weil Michèle, *Une justice durable*, in : Jean A. Mirimanoff (éd.), « La médiation dans l'ordre juridique suisse. Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire », Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, p. 227-235.

¹⁴⁷ La justice est au service des justiciables, un objectif qui n'a pas encore empreint tous les esprits. En particulier, lorsqu'on entend dans la bouche de magistrats des propos tels que : « *Les juges ne voient pas la plus-value que représente la médiation pour leur Chambre civile (sic)* ».

¹⁴⁸ Schneebalg Avi, « Le rôle du Conseil en médiation civile et commerciale », CMAP/ECONOMIA, Paris, 2003 ; Mirimanoff Jean, *La médiation en matière civile et commerciale*, in : Jean A. Mirimanoff (éd.), « La médiation dans l'ordre juridique suisse. Une

gagnant-gagnant sur lequel il a droit à une légitime rémunération, et que – *last but not least* – la satisfaction du client pour ce résultat va aussi le fidéliser dans l’avenir pour d’autres affaires.

Un autre facteur négatif se trouve dans la pratique encore largement répandue de la « *négociation positionnaliste*¹⁴⁹ ». Elle conduit soit à l’abdication de la partie la plus faible, soit immanquablement au combat judiciaire ou à l’arbitrage. Et la *négociation raisonnée*, outil essentiel dans la médiation, attend elle aussi encore d’être enseignée dans la plupart de nos facultés de droit de manière obligatoire, pérenne et suffisante, alors qu’elle a largement fait ses preuves¹⁵⁰, et il en va de même pour les *négociations collaborative ou coopérative*¹⁵¹. Qu’en sera-t-il de la future *procédure participative*¹⁵² ?

Obstacles d’ordre politique

Pervertit aussi la médiation et freine son essor l’**instrumentalisation** qui en est faite par le politique en lui confiant des tâches qui ne sont pas les siennes : en lui donnant pour objectif de « *décharger la justice pénale ou la justice civile* » pour voiler les carences ou dysfonctionnement de celles-ci, en

justice durable à l’écoute du troisième millénaire », Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011, ch. 5.3. « Le rôle des avocats », p. 89-90 ; Lopez Gilles, *Le rôle des avocats dans la médiation XXX*, Colloque de Paris du 11 mai 2012 (à paraître).

¹⁴⁹ Il s’agit, « pour nombre de négociateurs, (du) meilleur *modus operandi* pour défendre leur cause (soit) d’établir une position de départ et d’exiger que l’autre s’y soumette, souvent avec des arguments du style : “C’est comme ça et pas autrement”, “Ce n’est pas négociable”. Le négociateur campe sur cette position le plus longtemps possible et espère que l’autre partie s’épuisera puis cédera... Le résultat obtenu est en général... : les deux parties subissent des coûts croissants à mesure que la négociation s’enlise ; les parties consacrent une quantité croissante de ressources à défendre leur position au détriment d’autres projets ; la relation entre les deux parties se détériore ; l’autre partie quitte la table et s’en va négocier ailleurs ; l’une des deux parties cède mais évitera, à l’avenir, de traiter avec l’autre ; l’une des deux parties cède mais avec le sentiment de “perdre la face”, ce qu’elle s’efforcera de faire payer à l’autre à plus ou moins long terme », cf. Pekar Lempereur Alain et Colson Aurélien, « Méthode de négociation », Dunod, Paris, 2004, p. 20 et ss.

¹⁵⁰ Il s’agit, pour éviter les inconvénients mentionnés dans la note précédente, de suivre quatre démarches consistant à :

- séparer les questions de personnes et le différend ;
- se concentrer sur les intérêts des parties et non sur les positions ;
- imaginer des solutions apportant un bénéfice réciproque (gagnant-gagnant) ;
- faire reposer la solution sur des critères objectifs.

Cf. Iynedjian Nicolas, « Négociation, guide pratique », édité par Bagnoud R., Cedidac, Lausanne, 2005 ; Fisher Roger, Ury William et Patton Bruce, « Comment réussir une négociation », Seuil, Paris, 1982 ; Stimec Arnaud, « La négociation », Dunod, 2005.

¹⁵¹ Il s’agit d’un processus proche d’une « médiation sans médiateur », cf. Imhoos Christophe, La pratique collaborative, mémoire pour l’IUKB, Sion, 2009 (printemps 2010).

¹⁵² Nouvelle institution de droit français : cf. Ferre-André Sylvie, *La convention de procédure participative : un droit collaboratif pour la Méditerranée ?*, présentation au colloque de Besançon sur la médiation des 4/5 avril 2012.

lui prescrivant de « résoudre l'objet du litige »¹⁵³ ce qui réduit le processus dans un cadre judiciaire et tue la créativité à rechercher les intérêts des parties « hors l'objet du litige », ou en lui confiant des fonctions d'audit, d'enquêtes ou de recommandations, ce qui est du ressort de l'ombudsman, la confusion terminologique s'y ajoutant.

Obstacles d'ordre sociologique

Enfin, de manière plus large et au-delà du monde judiciaire, la fâcheuse tendance prévalant ces dernières décennies à déresponsabiliser les individus les a progressivement conduits à se décharger de leur conflit, à se mettre volontairement sous la tutelle d'un avocat et sous la houlette d'un juge, dans le vain espoir de s'en débarrasser. Or, se défaire du conflit, c'est s'exposer à le voir revenir au galop¹⁵⁴.

La lente disparition de ces facteurs mettra fin au phénomène auquel nous assistons au quotidien : un **syndrome de Pavlov** qui consiste, après l'échec d'une négociation positionnaliste suite à un conflit, à recourir automatiquement et systématiquement au combat judiciaire ou à l'arbitrage, quels qu'en soient les coûts matériels et humains, quelles que soient la durée et la complexité de la procédure et – souvent – l'absence d'enjeux véritables.

3. Quels remèdes ?

La récente Directive de l'UE du 21.5.2008 et son application dans la législation nationale des États membres a eu un effet pervers : celui de reléguer dans l'ombre les travaux du Conseil de l'Europe, traduits dans plusieurs instruments de droit international non contraignants¹⁵⁵. Or, ils présentent l'avantage de couvrir encore d'autres domaines que la médiation civile, avec une portée non limitée aux relations transnationales, et, surtout, accompagnés de Lignes Directrices¹⁵⁶ visant à **mettre en œuvre la médiation** dans ces différents champs. Or, ces Lignes Directrices comportent des pistes de réflexion, des recommandations pratiques et des encouragements à des expériences pilote¹⁵⁷ concernant le secteur public et le secteur privé, et souvent la conjonction des deux. Elles constituent à la fois une source d'inspiration pour la promotion de la médiation et une référence utile vis-à-vis des autorités.

¹⁵³ Cf. Gorchs Béatrice, *La médiation dans le procès civil : sens et contresens*, in : RTD civ. N° 3 2003, p. 409-425.

¹⁵⁴ Rouvillois Frédéric (sous la direction de), « La société au risque de la judiciarisation », Litec, 2006.

¹⁵⁵ Cf. note 8.

¹⁵⁶ Cf. note 8.

¹⁵⁷ Cf. en particulier Pel Machteld *et al.*, *Customized conflict resolution : Court-connected Mediation in the Netherlands, 1999-2009, a prepublication on the occasion of the conference Moving Mediation*, The Hague, nov. 19, 2009.

Pour modifier notre manière de penser et d'agir vis-à-vis du conflit, pour casser les réflexes conditionnés (ou syndrome de Pavlov), bref, pour introduire la médiation dans notre culture judiciaire, il faut insister sur « **la sensibilisation de l'institution judiciaire, des professionnels et usagers de la justice et du public en général** » (CEPEJ 2007 14, ch. 3. Sensibilisation, par. 37).

Or pour les futurs acteurs, pour être effective cette sensibilisation passera par un stade **obligatoire, pérenne et suffisant** dans les écoles d'avocats et de magistrats, si tel n'a pas été le cas en amont dans les facultés de droit. Ce qui implique le soutien, y compris financier, des États membres (id. ch.1. Disponibilité).

Demeure la sensibilisation des magistrats déjà en exercice et des avocats déjà en activité, qui doivent avoir d'autres possibilités et d'autres incitations, en particulier lors de leur formation continue qui devrait aussi couvrir la médiation.

Sans cette sensibilisation, qu'attendre des juges ? « **Ils devraient être capables de fournir des informations, d'organiser des séances d'information sur la médiation et, le cas échéant, inviter les parties au litige à utiliser la médiation et/ou à renvoyer l'affaire en médiation** » (id. ch.1.2. Rôle des juges, paragraphe 12)¹⁵⁸. Or, comment imaginer atteindre cet objectif sans sensibilisation pérenne, obligatoire et suffisante ?

Parmi les mesures appropriées pour sensibiliser le grand public, les Lignes Directrices citent « **des centres d'information et de conseil** » (id. ch. 3.1. paragraphe 40), qui demandent aussi un soutien. En particulier du pouvoir judiciaire et du barreau. Or, ce soutien dépend de la formation ou de la sensibilisation de leurs membres. Tout se tient.

Sous ce même chapitre, les Lignes Directrices prescrivent, outre le niveau académique, **que « la médiation et les autres formes de règlement des conflits devraient être incluses dans les programmes éducatifs nationaux »** (id. ch. 3.1. paragraphe 45). Comment ne pas mentionner ici les expériences remarquables, mais combien limitées géographiquement, menées au sein de plusieurs de nos États avec **la médiation scolaire par les pairs** (les élèves)¹⁵⁹ ? Outre la réduction de la violence escomptée, les élèves, futurs

¹⁵⁸ Cf. Mirimanoff Jean A. et Pons Marco, « Résolution amiable des différends, Négociation, Médiation, Conciliation, Bibliographie sélective et raisonnée », ch. 3.13 in : www.gemme.eu

¹⁵⁹ Souquet Marianne, *La médiation en milieu scolaire*, in : Bonafe-Schmitt Jean-Pierre, Dahan Jocelyne, Salzer Jacques, Souquet Marianne, Vouche Jean-Pierre, Les médiations, la médiation, Éd. Erès, coll. Trajets, Ramonville, 1999 ; Timmermans-Delwart Joëlle, Devenir son propre médiateur, Se connaître, communiquer, transformer ses conflits, Chronique Sociale, Lyon, 2004 ; (sous la coordination de) Médiations en milieu scolaire, Les Politiques Sociales, Bruxelles, 2005 ; Pigeon Didier, « En découdre avec la violence : la médiation scolaire par les pairs », IES Éditions, Genève, 2007 ; Pinget Bernard, *Médiation scolaire par les pairs et transgression : histoire d'un paradoxe apparent*, in : Cahiers de la section des

citoyens de nos États démocratiques, y apprennent la confiance en soi, l'esprit de responsabilité et y acquièrent des techniques de gestion des conflits, qu'ils peuvent et pourront encore plus tard valoriser dans leur activité sociale. Pour modifier notre culture vis-à-vis du conflit, c'est-à-dire notre culture judiciaire, cette mesure – c'est notre conviction profonde – sera particulièrement porteuse¹⁶⁰.

Les Lignes Directrices représentent enfin un **ensemble de mesures appropriées et efficaces parce qu'elles sont supposées interactives et interdépendantes**.

Ce qui précède n'enlève rien au fait que d'autres mesures encore seront nécessaires pour mettre en œuvre la médiation¹⁶¹, notre propos s'étant limité à celles affectant notre culture judiciaire. L'essor de la médiation au Canada, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni a été largement stimulé par le **soutien des autorités**, soutien répété, fort et se manifestant à tous les niveaux¹⁶².

Conclusions

Les constats résumés ci-dessus et l'ampleur des tâches restant à accomplir pour modifier notre culture judiciaire peuvent paraître décourageants. Pourtant, c'est en partageant nos expériences de toutes sortes et en ciblant au mieux nos objectifs que nous parviendrons au sein de Gemme à mieux dégager nos priorités au plan de nos juridictions, de nos régions et de nos pays. Nous savons que des avancées sont possibles, surtout si nous bénéficions de l'appui d'autres associations concernées, du barreau, des médiateurs, des Chambres de commerce, des syndicats, et tout particulièrement de l'université. Sans parler de nos autorités, que nous devons, année après année, essayer de convaincre dans un contexte économique défavorable. Voici quelques expériences entreprises ou soutenues par GEMME-Suisse et/ou ses membres dans ce contexte.

1. a) Sensibilisation ou formation des futurs magistrats et des avocats

« Les juges jouent un rôle crucial dans la propagation de la culture du règlement amiable des litiges. Il est donc essentiel qu'ils soient informés et maîtrisent pleinement la procédure de médiation et ses avantages » (CEPEJ, 2007, 14, ch. 3.3. Sensibilisation de l'institution judiciaire, par. 50)

sciences de l'éducation, n° 127, juin 2010.

¹⁶⁰ Bonafe-Schmitt Jean-Pierre, *La dimension transformatrice de la médiation*, in : Cahiers de la section des sciences de l'éducation, n° 127, juin 2010.

¹⁶¹ Canivet Guy, *La mise en œuvre de la médiation et la responsabilité des autorités*, in : Jean A. MIRIMANOFF (éd.), « La médiation dans l'ordre juridique suisse. Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire », Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, p. 215-225.

¹⁶² À cet égard le message du Conseil fédéral (suisse) selon lequel la résolution amiable a la priorité est demeuré sans échos auprès des autorités cantonales de la plupart des cantons.

L'expérience pédagogique pilote initiée à Genève par notre section nationale consista à doter d'une formation plusieurs groupes d'avocats stagiaires ou jeunes avocats volontaires avec pour objectif – atteint début 2011 – d'introduire deux ateliers, sur la négociation et sur la médiation, au sein de la nouvelle école d'avocats. Elle a pu se réaliser avec le parrainage du pouvoir judiciaire, du barreau, de la faculté de droit, et des associations de médiation, dont plusieurs membres sont intervenus lors des modules de formation, et grâce aussi au soutien financier de la Fondation Hans Wilsdorf. Désormais, tous les futurs avocats et magistrats passent par cette école et y auront tous reçu la sensibilisation *initiale* indispensable à l'essor de la médiation judiciaire. Dans d'autres cantons de Suisse romande, les facultés de droit ont organisé des formations volontaires et facultatives, mais plus longues et plus approfondies. C'est sans doute les deux systèmes qu'il conviendrait à terme d'installer côte à côte.

1. b) Sensibilisation des magistrats en fonction

Avec l'accord du pouvoir judiciaire et à l'initiative de Gemme, une ou deux journées de sensibilisation, conduites par des médiateurs chevronnés, sont offertes aux magistrats de Suisse romande, depuis plusieurs années. Elles portent sur la négociation, la médiation et la conciliation (atelier NeMeCo). Après un succès initial, cette sensibilisation, facultative, *continue*, a fléchi, et ne rencontre plus l'adhésion de toutes les juridictions.

2. Publication de manuels

Pour atteindre les juristes d'autres cantons, les cours donnés lors de l'expérience pilote ont fait l'objet d'une publication intitulée « **Introduction à la gestion des conflits. Manuel pour les praticiens** »¹⁶³. Avec l'adoption d'un nouveau Code de procédure civile (CPC) et d'autres lois fédérales et cantonales, en particulier sur la loi fédérale sur la procédure pénale des mineurs (PPMin) introduisant la médiation, et la timide entrée de la médiation administrative, cet ouvrage a été remplacé par une nouvelle publication offrant un panorama de la médiation en Suisse : « **La médiation dans l'ordre juridique suisse. Une justice durable à l'écoute du III^e millénaire** »¹⁶⁴, soutenue par la même fondation, ouvrage dont cinq des sept auteurs sont membres du GEMME, deux d'entre eux appartenant à la section française : Monsieur le premier président Guy Canivet et Mme la secrétaire générale Michèle Weil. Un bel exemple de collaboration au sein de notre grande famille. Et dans l'intervalle, pour faciliter la recherche

¹⁶³ Mirimanoff Jean A. et Vigneron-Maggio-Aprile Sandra (éds), *La gestion des conflits, manuel pour les praticiens*, CEDIDAC, n° 78, Lausanne, 2008.

¹⁶⁴ Mirimanoff Jean A. (éd.), *cf.* note 10.

scientifique dans ce domaine, un objectif recommandé par les Lignes Directrices déjà citées¹⁶⁵ (CEPEJ 2007 14, ch. 44) notre section a publié une bibliographie sélective, raisonnée et alphabétique « **Résolution amiable des différends : Négociation, Médiation, Conciliation** » avec plus de sept cents références d'ouvrages et articles parus en français, anglais et allemand, qui est disponible à tous et à toutes les sections sur le site de GEMME¹⁶⁶, avec le même soutien de la même fondation.

3. Législation cantonale d'application

Pour tenir compte des difficultés rencontrées avec les journées NeMeCo, à l'instigation du Groupe de contact pour la résolution amiable des différends à Genève¹⁶⁷, le Parlement cantonal a adopté deux dispositions nouvelles dans la loi cantonale d'organisation judiciaire **sur la formation continue** des magistrats, ajoutant parmi les domaines recommandés celui de la **gestion des conflits**, et prévoyant des dispenses pour permettre aux magistrats particulièrement chargés de s'y inscrire¹⁶⁸.

Enfin le Parlement, rendu attentif au facteur culturel développé ici, a également précisé dans la même loi **le devoir des juges d'informer les justiciables sur la médiation et celui de la prescrire**¹⁶⁹.

4. Permanence d'information sur la médiation (PIM)

Ce centre, créé en automne 2010 dans les mêmes locaux que la Permanence des avocats et celle des notaires, avait été appelé de nos vœux et a été mis en place par les associations de médiations appuyées par le Groupe de contact déjà cité. La PIM a pour tâche de fournir au public gratuitement et deux fois par semaine des informations sur la médiation, et de remettre aux personnes intéressées la liste officielle des médiateurs assermentés, liste qui comporte des domaines de spécialisation. Inaugurée en présence des autorités judiciaires et du barreau, elle n'a pas encore « pris ». Il faut en effet bien admettre que rares sont les cas qui lui sont adressés jusqu'à présent par les membres de ces deux corps. C'est pourtant leur devoir de la faire connaître, selon les Lignes Directrices (CEPEJ 2007 14, ch.1.3 par.12 et 13). Dans l'intervalle, la PIM a le devoir de se mieux faire connaître du public.

¹⁶⁵ Cf. note 8.

¹⁶⁶ Cf. note 22 www.gemme.eu et www.gemme.ch

¹⁶⁷ Formé en 2008 à l'initiative de GEMME-Suisse et de la Fédération suisse des associations de médiation (FSM), il comprend les représentants de ces associations, du barreau, des chambres de commerce, d'autorités.

¹⁶⁸ Art. 13 et 14 LOJ GE.

¹⁶⁹ Art. 13 LaCC.

5. *Établissement des listes de médiateurs*

Afin de donner aux magistrats, aux avocats et au public les garanties de qualification et de respect de la déontologie des médiateurs (id. ch.1.6 par. 20 ss.), plusieurs cantons de Suisse romande ont, sous l'impulsion de nos membres agissant en leur qualité de magistrat, constitué des organes officiels chargés d'établir des listes de médiateurs à la disposition du public, de les tenir à jour, et – le cas échéant – de proposer les sanctions prévues par le droit cantonal en cas de violations des règles de déontologie des médiateurs (id. ch.1.5 par.19 et 1.9 par.30).

6. *Organisation de conférence et de séminaires*

Comme d'autres sections nationales, nos assemblées générales sont suivies d'événements destinés à parfaire la sensibilisation de nos membres en matière de gestion de conflits. Elles se tiennent alternativement en Suisse romande et alémanique, et sont ouvertes aux avocats, aux médiateurs et aux étudiants. Par exemple, hier a eu lieu à Lucerne une conférence ayant eu pour thème « les procédures de médiation et de conciliation ».

7. *Soutien à la médiation scolaire par les pairs (MSP)*

La médiation scolaire par les pairs permettra de contribuer très fortement à l'évolution de notre culture de gestion du conflit. Elle déploie des effets à la fois individuellement et globalement, sur le court comme sur le long terme. En permettant la sensibilisation de **tous** les élèves à la médiation sur plusieurs années. Les élèves peuvent à cette occasion l'éprouver comme médiateurs et comme médiateurs, sous le contrôle de leurs maîtres formateurs. La MSP engendre à court terme une réduction de la violence, une amélioration du climat à et autour de l'école et à une meilleure qualité de vie. Et *sur le court comme à plus long terme*, la MSP développe chez les élèves une meilleure confiance en soi, un esprit de responsabilité et ***l'acquisition de techniques de gestion des conflits*** qu'ils peuvent valoriser au présent et à l'avenir dans leurs activités sociales¹⁷⁰. Ces éléments vont leur permettre d'avoir une vision différente du conflit et de la manière de la résoudre, en encourageant nos futur(e)s citoyen(ne)s à se tourner d'abord vers la résolution amiable. C'est un moyen de mettre fin ou d'atténuer le syndrome de Pavlov signalé plus haut. Ainsi, les membres de GEMME ou leurs sections nationales devraient soutenir les efforts pour introduire ou maintenir la MSP dans leur région.

¹⁷⁰ Cf. les articles de Bonafe-Schmitt, Pigeon et Pinget cités dans la note 23.

*
* *

En bref, l'expérience de notre section démontre que, en dépit de reculs et parfois d'échecs, notre commune détermination à encourager de nouvelles expériences pilote, les acquis pour l'avenir en matière de sensibilisation et les liens interactifs tissés avec nos autres partenaires permettent d'espérer que la médiation va finir par pouvoir pénétrer notre culture judiciaire lors de la prochaine décennie.

La médiation dans la justice du XXI^e siècle : aborder les questions contemporaines

Par Sandra Artukovic Kuntz

Vice-ministre de la Justice de la République de Croatie
Chers ministres, Excellences, mesdames et messieurs,

C'est un grand plaisir pour moi de prendre part, au nom du ministère de la Justice de la République de Croatie, à une conférence aussi importante sur la médiation – un chemin de paix pour la justice en Europe.

Je voudrais exprimer ma sincère gratitude à la Commission européenne et à la République française – ministre de la Justice et tribunaux français pour l'organisation de ce séminaire à l'occasion des dix ans de GEMME, qui mérite de particulières félicitations.

Avant d'être nommée vice-ministre de la Justice, j'ai passé ma carrière entière en tant que juge, 20 ans à la Cour municipale et 4 ans au tribunal de proximité. Si je suis présente ici, ce n'est pas pour mettre l'accent sur mon passé professionnel, en tant que juge, mais pour montrer l'articulation des relations dans le monde judiciaire – le fonctionnement des tribunaux et des juges dans le cadre de la médiation.

Tous mes collègues juges reconnaissent l'effort entrepris pour étendre la mission de la profession judiciaire, en partant du point de vue traditionnel du rôle du juge, selon lequel il tranche le conflit et applique avec autorité la norme juridique, pour aboutir à la vision du juge « rapprochant » les points de discordance des parties et les aidants à trouver un accord. Bien entendu, il est plus facile d'appliquer la loi à un cas concret (comme nous l'avons appris dans la formation classique, et par les générations précédentes), et nous nous sentons plus à l'aise dans le rôle de « chef de salle d'audience », que dans celui de tierce personne qui tente de rapprocher les parties en imaginant un grand nombre de solutions possibles pour résoudre le conflit.

Conscients des défis à relever au niveau du fonctionnement des tribunaux, et dans le but d'assurer la mise en place et la reconnaissance de la médiation et des modes amiables de résolution des conflits pour les citoyens, nous avons adapté le système réglementaire croate, guidés par l'expérience d'autres pays dans ce domaine.

Bien que nous soyons le pays le plus récemment entré dans l'Union européenne, la Croatie est l'un des premiers États à avoir adopté la loi sur la médiation – entrée en vigueur le 24 octobre 2003. (Cette année-là, nous soumettions également une demande d'adhésion à l'UE, qui a été acceptée l'année suivante). Lors de la rédaction de cette loi, nous avons intégré les principes de base de la recommandation du Conseil de l'Europe sur la médiation dans les litiges civils et commerciaux, ainsi que le Livre vert de l'UE sur le règlement des différends en matière civile et commerciale.

En 2011, nous avons adopté une nouvelle loi sur la médiation, conforme à la directive européenne sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Nous avons intégré dans la loi sur la médiation des dispositions relatives à la mise en œuvre de la médiation à tous les stades de la procédure, le lieu de résidence ou le lieu de travail des parties, sur la médiation transfrontalière, les pouvoirs et les fonctions du médiateur, le processus de médiation, etc.

Dans le but de permettre la médiation dans tous types de conflits, nous avons adopté un certain nombre de lois spéciales, comme la loi sur le travail, la loi sur la protection des consommateurs, la loi sur la famille, le code de l'artisanat, etc. Encore récemment, nous avons élargi le recours à la médiation en l'introduisant dans un domaine juridique spécifique auquel nous devons faire face en Croatie – celui des conflits de propriété interethniques résultant de la guerre. Je peux également dire que la mise en œuvre de la médiation, comme moyen de résoudre les conflits entre les citoyens et les personnes morales, constitue l'un des éléments importants de la stratégie de la réforme judiciaire.

En outre, je tiens à souligner l'implication du gouvernement croate pour les affaires dans lesquelles l'une des parties est la Croatie. À ce titre, convaincu des avantages de la résolution amiable des conflits, le 20 juin 2012, le gouvernement a adopté des décisions visant à encourager les modes alternatifs et le recours à un tiers pour résoudre les conflits dans les affaires civiles lorsqu'une des parties au conflit est la République de Croatie. Le comité d'experts se rencontre régulièrement et propose des règlements et, jusqu'ici, un certain nombre de ces conflits a été résolu avec succès par la médiation. Nous appliquons également les modèles d'accords de règlement aux demandes précédant les faillites dont l'objectif est d'éviter la faillite de l'entreprise et la perte d'emplois, tout en recourant avec succès à la médiation obligatoire dans les conflits du travail. Encourager la résolution

pacifique des conflits répond à divers objectifs : rationaliser les dépenses du budget étatique croate, éviter l'augmentation des conflits et réduire la charge de travail dans les affaires civiles.

Nous croyons que les pouvoirs publics contribueront à la promotion de la médiation en prenant des mesures pour mettre fin à certains conflits spécifiques grâce à la médiation, par le biais des organismes et institutions, sur la base d'un cadre normatif approprié que nous avons établi. Pour cette raison, nous sommes désormais, et à l'avenir, impliqués dans la mise en œuvre effective de la médiation.

Un défi particulier pour la mise en place de la médiation dans l'avenir concerne le droit fondamental d'accès à la justice. La solution clé est de réformer le système judiciaire, pour lui donner une portée plus large qui est la résolution des relations entre les parties.

Le fonctionnement de l'UE n'est pas fondé sur l'autocratie et le centralisme mais, plutôt, sur des règles prédéfinies d'ores et déjà adoptées (règlements, directives, décisions-cadres.). Un individu a le droit de connaître le contenu de la norme appropriée, non seulement pour l'exercice de ses droits, mais aussi pour un meilleur accès à la justice. Les citoyens européens ne pourront ni obtenir une protection judiciaire, ni engager un représentant (un avocat), s'ils ne se renseignent pas, en temps voulu, sur le contenu de leurs droits au niveau européen. C'est précisément le rôle des centres de médiation du tribunal, spécialisés par branches (ex. : droits des consommateurs, des agriculteurs) de présenter aux parties « le monde normatif des droits de l'UE » et de créer un espace dédié à une solution meilleure par le biais d'un règlement amiable. Ainsi, les tribunaux (civils, commerciaux, administratifs) garderont leur but initial, c'est-à-dire juger les faits par application de la norme appropriée. Ils continueront probablement, de cette manière, à avoir beaucoup de travail.

Pour conclure, le mode d'exercice et de défense des droits dans un système juridique aussi animé et exigeant que celui de l'UE, continuera de militer en faveur d'une bonne connaissance de la réglementation par nos concitoyens, ainsi que du développement des modes amiables de résolution des conflits pour garantir un achèvement rapide du conflit. Ainsi, l'institution judiciaire se tournera vers la médiation et les centres de médiateurs, même en dehors du système judiciaire, afin de donner à chaque citoyen de l'UE la possibilité d'accéder à la justice et d'opter pour une voie de résolution du litige appropriée et équitable.

Avec cette approche et la conviction que cet objectif est réalisable, je tiens à vous remercier de votre attention.

De la médiation volontaire à la médiation obligatoire en matière civile et commerciale

Par M^a Lourdes Arastey Sahún

Conseillère à la Cour de cassation d'Espagne

Présidente GEMME-Espagne

Que prévoit la directive ?

La directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale avait pour objet la médiation des litiges transfrontaliers, « mais rien ne devrait empêcher les États membres de les appliquer également aux processus de médiation internes » (Considérant 8).

Le caractère volontaire de la médiation est tiré de sa définition dans l'article 3 a) : « *médiation* », un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre.

La dernière expression permet d'assurer que le caractère volontaire, comme mentionné ci-dessus, ne peut pas être interprété de façon stricte, voire en excluant toute médiation qui ne serait pas décidée exclusivement par les parties au conflit. Selon le texte de la directive, la médiation peut apparaître comme un moyen de résolution du conflit, même si elle est ordonnée par un juge ou imposée par la loi.

En tout cas, il appartient aux États membres de développer une méthode efficace pour instaurer un système de médiation.

Que prévoit la loi espagnole ?

En Espagne, la transposition de la directive s'est produite tardivement, il faut le dire, à travers la loi 5/2012 du 6 juillet 2012. Le cadre de la loi espagnole est plus large que celui de la directive. Il encadre la médiation civile et commerciale attachée au processus judiciaire dans tous les cas, pas seulement dans les litiges transfrontaliers.

Par contre, la loi espagnole fait des exclusions : la médiation en matière pénale, la médiation avec les administrations publiques, la médiation en matière de travail ou d'emploi, et la médiation en matière de consommation.

La loi utilise la même définition que la directive, et reprend donc la même expression autour de la nature volontaire de la médiation. L'article 6 souligne que la médiation est volontaire. Ainsi, personne n'est obligé d'aller en médiation ni de conclure un accord.

Pourtant, le principe du caractère volontaire n'est pas incompatible avec le caractère obligatoire d'assister à la première séance d'information, celle qui envisage d'expliquer aux parties et à leurs avocats le but et le contenu du processus de médiation.

L'absence des parties, au cas où la médiation aurait été initiée par le juge, peut être considérée comme un manque de bonne foi, permettant d'en tirer les conséquences en matière de frais de justice. C'est pour cela que le médiateur devrait informer le juge lorsqu'une partie n'assiste pas à la séance d'information, ce qui ne s'oppose pas au principe de confidentialité.

Le caractère volontaire commence après la séance d'information et permet aux parties d'accepter ou de refuser le processus, et d'y mettre un point final à n'importe quel moment.

Nous avons des incitations pour utiliser la médiation après avoir commencé une procédure : notamment, les frais de justice sont remboursés à 60 % si les parties arrivent à un accord en médiation.

De plus, un des outils du juge pour pousser les parties à recourir à la médiation se trouve dans la possibilité de condamner la partie qui a refusé d'aller en médiation à payer les frais de justice, même si elle « gagne » le procès. Finalement, la loi de procédure permet au juge d'accorder une sanction (amende) pour mauvaise foi procédurale.

Comment est appliquée la médiation civile et commerciale en Espagne ?

Chaque étape du processus de médiation repose sur la libre adhésion et sur le libre accès à cette voie de résolution des litiges : liberté de la mettre ou non en œuvre, liberté de la poursuivre ou de l'interrompre, liberté de construire « par soi-même », avec l'aide du médiateur, l'accord final mettant

fin au différend, liberté de le soumettre ou non au juge pour homologation, etc.

Mais, sans renoncer à cette nature volontaire, on commence à s'interroger sur le besoin d'établir des outils permettant au juge d'imposer la médiation, ou même de proposer la médiation ou d'ordonner aux parties d'aller en médiation si le cas et les circonstances lui semblent propices. On peut constater sur le document du Parlement européen que si, en Italie, on a pu compter beaucoup de médiations, c'est à cause de sa nature impérative – médiation comme « *condizione di procedibilità* » – pour certaines matières dans lesquelles les relations conflictuelles en justice étaient nombreuses.

Pour le meilleur développement de la médiation, on peut envisager deux possibilités : l'assistance obligatoire à la séance d'information et les effets de l'échec de cette séance. En effet, l'utilisation volontaire de la médiation ne sera efficace que si la décision des parties de suivre le processus est adoptée en toute connaissance de cause.

Dans la législation espagnole, il n'y a aucune mesure pour contraindre les parties à suivre l'incitation faite par le juge d'aller en médiation, sauf si elles ont signé un accord préalable de soumettre leur conflit à la médiation. Si une clause de médiation existe, le tribunal ne peut pas être saisi avant que les parties n'aient essayé de recourir à la médiation.

Par ailleurs, on se demande aussi si on ne devrait pas réfléchir sur l'obligation pour l'avocat d'informer son client sur la possibilité de recourir à la médiation et être préparé à l'invitation que pourrait lui faire le tribunal.

Finalement, je me permets de faire référence à des conflits au sein du contrat du travail – lesquels sont inclus dans le cadre de la directive –. La loi de procédure des tribunaux sociaux érige, comme exigence préalable à la saisine du juge, de recourir à la conciliation ou à la médiation au sein de l'autorité administrative. C'est sur ce terrain que GEMME-Espagne s'engage maintenant pour renforcer la médiation et convaincre les administrations publiques de soutenir des services spécialisés.

Médiation volontaire ou obligatoire dans les pays de l'Union européenne

Par **Nicole I. Tellier**

Avocat au barreau de Paris et médiateur (EM-CNV et IFOMENE)

Ce sujet semble impliquer à la fois qu'il y aurait un choix et une opposition frontale entre deux conceptions de la médiation.

Depuis les Assises internationales du GEMME à Aix-en-Provence de juillet 2013, nous savons que le sujet de la médiation dite « obligatoire » n'est plus tabou. Il n'en reste pas moins l'objet de vives polémiques sur son principe même et ses modalités.

Monsieur le conseiller Fabrice Vert, l'un des plus fidèles et fervents soutiens de la médiation en France, a écrit en janvier 2014 une chronique intitulée « *La médiation obligatoire, une fausse bonne idée* »¹⁷¹. En Angleterre, Madame Borthwick, *solicitor* spécialisée en droit de la famille, qualifiait en février 2014 le projet de loi sur la médiation familiale obligatoire dans les termes suivants : « *Mandatory mediation – not mandatory enough* »¹⁷². Et à propos de la seconde législation italienne de 2013 sur la médiation obligatoire, un avocat, Monsieur Svatos, écrivait : « *Mandatory mediation strikes back* »¹⁷³. Puis s'élevant de la *Guerre des Étoiles* à la tragédie shakespearienne, s'exclamaît : « *To force or not to force, that is the question* »¹⁷⁴.

Mais est-ce vraiment la question ? Car, au-delà des polémiques fondées sur des conceptions et croyances philosophiques et culturelles différentes entre les partisans de la médiation strictement volontaire (la médiation obligatoire serait la mort de la médiation) et les partisans de la médiation dite

¹⁷¹ Gazette du Palais, édition professionnelle – 17, 18 janvier 2014, n° 17 à 18.

¹⁷² « Médiation obligatoire – pas assez obligatoire ».

¹⁷³ « Médiation obligatoire, le retour ».

¹⁷⁴ « Contraindre ou ne pas contraindre, telle est la question ».

« obligatoire », qui déplorent son peu de développement, la directive médiation¹⁷⁵ nous invite à la nuance.

I – La directive médiation de 2008

Elle définit effectivement en son article 3 la médiation comme un processus volontaire « au sens » (précise le Considérant 13) où « *les parties elles-mêmes sont responsables du processus, peuvent l'organiser comme elles l'entendent et y mettre fin à tout moment* ».

Les parties sont donc responsables du processus de médiation et de son issue. Mais alors qu'en est-il de l'entrée en médiation ? Peut-on y contraindre les parties ?

L'article 5 de la directive, intitulé « Recours à la médiation » (ce qui vise la question de l'entrée en médiation), prévoit à l'alinéa 1 que le juge peut « inviter » les parties à aller en médiation ou les « inviter à assister à une séance d'information ».

Mais « invitation » ou « injonction », même simplement à s'informer, sont souvent inefficaces à briser le mur du refus des justiciables entêtés dans leurs postures guerrières, convaincus que d'accepter la médiation serait perdre la face, une preuve de faiblesse.

Peut-on alors, selon la formule de Sir Alan Ward, juge honoraire à la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles, « forcer une mule à aller boire à l'abreuvoir de la médiation »¹⁷⁶ ?

Oui, nous dit la directive.

C'est l'alinéa 2 de l'article 5 qui permet expressément que le recours à la médiation, préalable à la saisine des tribunaux, soit obligatoire, ou ce qui est une forme d'obligation, soit soumis à des incitations ou sanctions, que ce soit avant la procédure judiciaire ou après. On pense à l'irrecevabilité de la demande en justice ou à la suspension de l'instance, à la gratuité totale ou partielle du recours à la médiation, ou de la première séance, à la condamnation de la partie récalcitrante à supporter le coût de la médiation et/ou du procès.

Bien sûr, ce qui est obligatoire ce n'est pas la médiation, encore moins de s'y accorder ; mais seulement l'entrée, le recours à une tentative de médiation, qui peut être rendu obligatoire. Et ce recours obligatoire, contraint, n'est pas un obstacle au droit d'accès des citoyens européens au système judiciaire, tel qu'érigé par les articles 6 de la CEDH et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

¹⁷⁵ Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

¹⁷⁶ Cf. Décision *Wright vs Wright* du 27 mars 2013 de la *Court of Appeal* (EWCA Civ. 234).

Le terme « médiation obligatoire » est donc parfaitement ambigu, une expression « valise », qui ne rend pas compte des pratiques très diverses des pays de l'UE.

II – De la médiation volontaire à la médiation dite « obligatoire » en pratique. Y a-t-il une tendance ?

Dans de nombreux pays de l'Union, il n'existe pas de médiation dite « obligatoire ». Dans la plupart des pays, la seule « obligation » pèse sur les juges qui doivent informer les parties de la possibilité de la médiation. Rares sont les pays, comme l'Italie et la Slovénie, ayant institué un système de médiation « obligatoire » généralisé. On constate néanmoins une tendance vers la médiation dite « obligatoire », comme en Grande-Bretagne et en France, en matière familiale.

Italie

Le deuxième essai fut le bon et après la déclaration d'inconstitutionnalité du premier décret-loi de 2010, un décret-loi de juin 2013 a instauré, à l'essai pour 4 ans, une médiation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dans de très nombreuses matières civiles et commerciales.

Le principe est que les parties doivent assister à un premier rendez-vous « de programmation » où elles vérifient, avec le médiateur, l'opportunité et la possibilité de poursuivre la médiation. À l'issue de ce premier rendez-vous, les parties formalisent ou non, leur accord de poursuivre l'essai.

Assister à ce premier rendez-vous est une condition de recevabilité de l'action en justice. Et à défaut de justifier de motifs valables, la partie qui n'assiste pas à ce premier rendez-vous, peut être condamnée à payer le coût de l'introduction de la demande en justice. Les avocats ont l'obligation d'informer par écrit leurs clients de leur obligation d'organiser et d'assister à ce premier rendez-vous de médiation.

Le système italien contraint donc les parties, avant même de saisir le juge, à rencontrer un médiateur, pour examiner ensemble et avec lui, l'opportunité d'une médiation et s'assurer qu'elles y consentent ou non.

Ce premier rendez-vous obligatoire va au-delà de la simple séance d'information sur la médiation. Ce premier rendez-vous obligatoire est bien un essai, une tentative préalable, voire un début de médiation, selon les circonstances et l'habileté du médiateur à impliquer les parties dans le processus.

Les juges peuvent aussi, à tout moment de la procédure avant les plaidoiries, suspendre l'instance et ordonner un renvoi à la médiation.

Slovénie

On peut affirmer que la Slovénie est un pays précurseur en matière de médiation.

Dès 2001, des juges ont pris l'initiative de promouvoir la médiation. Le tribunal de district de Ljubljana a instauré un programme de médiation, proposé aux parties en matière civile, familiale puis commerciale. Ce programme expérimental a été adopté par d'autres tribunaux et est devenu une procédure normale de ces tribunaux.

Le développement des modes alternatifs de règlement des conflits est ensuite devenu une priorité du ministère de la Justice. Et une loi de novembre 2009, s'appuyant sur l'expérience du tribunal de Ljubljana, a généralisé devant les tribunaux et Cours d'appel, des règles concernant tous les modes alternatifs, y inclus la médiation.

Tous les tribunaux et Cours d'appel ont l'obligation de proposer aux parties l'option de la médiation ou de toute autre forme de mode alternatif, et ce, en matière civile, familiale, commerciale et d'emploi. Les juridictions organisent et appliquent leur programme de modes alternatifs, soit comme une activité directement organisée par elles, soit sur la base d'un contrat avec un centre spécialisé. Un fonctionnaire est nommé par la juridiction pour gérer, contrôler et évaluer le programme. Il organise les activités de formation, désigne et contrôle l'activité des tiers neutres.

La loi de 2009 contient des dispositions communes à tous les modes alternatifs et des dispositions spécifiques à la médiation.

Si les parties ne demandent pas à bénéficier d'un mode alternatif, le juge peut, à tout moment de la procédure, leur demander de participer en personne à une audience d'information sur la médiation. La partie régulièrement convoquée qui, sans motif valable, ne participe pas à cette audience d'information, sera obligée de rembourser les dépenses de l'autre partie pour cette audience.

L'audience obligatoire d'information peut être suivie d'un renvoi obligatoire à la médiation.

À la suite de son audience d'information, le juge peut décider de suspendre la procédure et de renvoyer les parties à la médiation. La décision de renvoi obligatoire doit être expliquée aux parties et contenir un avertissement sur les conséquences d'un refus « clairement déraisonnable ». La partie qui refuse la médiation peut s'opposer à cette décision de renvoi obligatoire à la médiation. Dans ce cas, le juge doit annuler sa décision et il n'y a pas de recours.

Quelle que soit l'issue de l'instance judiciaire, la partie qui a refusé la médiation de façon « clairement déraisonnable », peut, sur demande de l'autre partie, être condamnée à lui rembourser tout ou partie des coûts de la procédure. Et pour décider si le refus de recourir à la médiation était « clairement déraisonnable », le juge devra prendre en compte les

circonstances de l'affaire, l'attitude des parties et entre autres, la probabilité d'un accord en médiation et si la suspension de la procédure pendant trois mois (durée maximale de la tentative de médiation) pouvait affecter l'issue du procès¹⁷⁷.

Roumanie

Les litiges commerciaux doivent être précédés d'une séance préliminaire obligatoire de médiation. Pour les autres matières, le juge peut inviter les parties à assister à une réunion d'information. Cette « invitation » est de fait obligatoire puisque les parties doivent rapporter la preuve qu'elles ont bien participé à cette réunion d'information et qu'à défaut, leur action judiciaire est irrecevable.

Hongrie :

Il existe une forme de médiation obligatoire pour les litiges entre associés d'une société : une médiation-conciliation doit obligatoirement précéder l'action judiciaire. Et depuis une loi du 15 mars 2014, en matière familiale, le juge peut obliger les parties à se présenter à une séance d'information.

Grande-Bretagne (Angleterre et pays de Galles)¹⁷⁸

Sir Alan Ward a présenté un tableau de l'historique et de l'état de la médiation en Grande-Bretagne. Il a rappelé la tradition du compromis et le coût des procès, et qu'à la suite du Rapport Woolf (1999), les règles de procédure avaient été profondément modifiées notamment pour encourager toutes formes de solutions amiables et négociées.

Ainsi, avocats et parties sont obligés, avant d'entamer une procédure, de se faire connaître et d'échanger pièces et arguments essentiels ; ce sont les « pre-action protocols ».

Les règles de procédure donnent aux juges de larges pouvoirs pour encourager la transaction à chaque étape de la procédure : c'est le « active case management » ou mise en état active. Les juges disposent aussi d'un large pouvoir d'appréciation au moment de rendre leur décision sur les coûts du procès et leur imputation ou non à la partie perdante : les juges peuvent prendre en compte l'attitude des parties, avant comme pendant la procédure, quant à la recherche de solutions amiables.

¹⁷⁷ On notera que ces critères de la loi slovène sont les mêmes que ceux développés par la jurisprudence anglaise pour apprécier le caractère raisonnable ou non du refus par une partie d'aller en médiation – cf. L'arrêt de référence *Halsey vs Milton Keynes General NHS Trust* (EWCA Civ. 576) rendu en 2004 par la *Court of Appeal*.

¹⁷⁸ L'Écosse, membre de l'ensemble « Grande-Bretagne » n'est pas traitée ici, ayant un système juridique et judiciaire à part.

C'est ainsi que s'est développée la jurisprudence anglaise sur la fameuse notion de « refusal to mediate ». Dans le précédent de référence Halsey rendu en 2004¹⁷⁹, la Court of Appeal a d'une part établi une liste de critères permettant d'apprécier le caractère raisonnable ou non d'un refus de médiation, mais aussi émis l'avis selon lequel imposer une médiation aux parties récalcitrantes constituerait une violation de leur droit d'accès au système judiciaire et à l'article 6 de la CEDH.

Dans le même esprit et dans son Rapport de 2009 sur les coûts de la justice (et la recherche des moyens de les maîtriser), Lord Justice Jackson avait reconnu que la médiation présentait de très nombreux avantages et était sous-utilisée. Il avait cependant affirmé qu'il ne pouvait accepter qu'elle devienne obligatoire.

Il existe néanmoins en Grande-Bretagne, des médiations « obligatoires » de fait, sous forme de programmes-services de modes alternatifs pré-judiciaires, mis en place par certaines juridictions, comme les tribunaux maritimes ou les Industrial courts, vers lesquels les parties sont « obligatoirement » dirigées avant d'entrer dans le circuit judiciaire. Il en est de même devant la Court of Appeal of England and Wales où la médiation pré-judiciaire est de fait obligatoire pour de nombreux litiges dont l'enjeu est inférieur à 250 000 £. Les « small claims » (petits litiges) inférieurs à 15 000 £, sont automatiquement dirigés vers un traitement en ligne et un médiateur par téléphone.

Cette tendance vers la médiation dite « obligatoire » s'est concrétisée dans une loi du 13 mars 2014 (the Children and Family Act) instaurant une tentative obligatoire de médiation. Les couples se séparant et ayant à résoudre des problèmes de garde d'enfant, de propriété, de financement, ont l'obligation de participer à un « Mediation Information and Assessment Meeting »¹⁸⁰ ou MIAM, avec un médiateur. Comme son nom l'indique, cette réunion va au-delà de l'information des parties puisque son objet est aussi « d'évaluer » la situation. À n'en pas douter, comme pour le premier rendez-vous « de programmation » obligatoire en Italie, l'objectif du MIAM est de permettre aux parties avec l'aide du médiateur, de goûter *in concreto* pour elles-mêmes, les bénéfices de la médiation afin de consentir à la poursuivre.

C'est le même processus qu'en Italie : un essai obligatoire de médiation. Cette tendance vers la médiation « obligatoire » se manifeste aussi dans l'esprit de certains juges. En mai 2013, en effet, soit près de 10 ans après avoir participé à la décision Halsey selon laquelle on ne pouvait contraindre les parties à rentrer en médiation, sir Alan Ward a déploré dans un arrêt *Wright vs Wright*¹⁸¹, l'entêtement obstiné des plaideurs à refuser la médiation.

¹⁷⁹ Cf. Note 9.

¹⁸⁰ « Réunion d'Information et d'Évaluation ».

¹⁸¹ Cf. Note 6.

Les comparant à des mules refusant obstinément et contre leurs intérêts, d'aller boire à l'abreuvoir de la médiation malgré tous les efforts de persuasion des juges, sir Alan s'est demandé s'il n'était pas temps de revenir sur l'avis de l'arrêt Halsey et de contraindre les parties récalcitrantes à aller en médiation. Sir Alan a rappelé que les règles de procédure donnaient aux juges une telle latitude de pouvoirs qu'ils pourraient s'en prévaloir pour suspendre d'office et à tout moment l'instance et renvoyer les parties vers une tentative de médiation, laquelle tentative serait « obligatoire », bien qu'il n'ait pas écrit le mot¹⁸².

La réflexion de sir Alan Ward sur la médiation dite « obligatoire » fait un écho évident à celles de la Conférence des premiers Présidents de Cour d'appel en France de mai 2013 et aux propos de Monsieur le Président Degrandi¹⁸³ souhaitant une approche pragmatique, voire utilitariste de la médiation, vers l'instauration d'une tentative obligatoire de médiation.

France :

En France, la tendance vers la médiation dite « obligatoire » se manifeste aussi en matière familiale.

Une loi du 13 décembre 2011 (« relative à la répartition des contentieux et l'allègement de certaines procédures juridictionnelles »), prévoit en son article 15, qu'une tentative de médiation familiale « doit » précéder la saisine du juge aux affaires familiales et qu'à défaut, le juge peut soulever d'office l'irrecevabilité de la demande. Pour le moment et depuis un arrêté du 16 mai 2013, cette disposition n'est applicable qu'à titre expérimental devant les tribunaux de Bordeaux et d'Arras¹⁸⁴.

Dans le cadre de l'élaboration d'une nouvelle loi « famille », la ministre déléguée chargée de la Famille, Madame Bertinotti, a constitué un groupe de travail pour lui faire un rapport sur « médiation familiale et contrats de coparentalité ». Le rapport Juston¹⁸⁵ propose la généralisation rapide et sur tout le territoire de la médiation familiale pour « inciter les parents à déposer les armes ». Le rapport précise : « il ne s'agit pas d'imposer la médiation dans tous les cas, mais de rendre obligatoire une rencontre de médiation » dans les conflits et contentieux post-divorce. Le rapport propose aussi (entre autres nombreuses propositions visant à développer l'usage de la médiation) que les JAF¹⁸⁶ aient le pouvoir d'enjoindre les parents à suivre une médiation dans les séparations difficiles.

¹⁸² Cf. Note 6 : Wright vs Wright § 3.

¹⁸³ Premier président de la Cour d'appel de Paris.

¹⁸⁴ Même si en pratique d'autres tribunaux mènent des formes semblables d'expériences.

¹⁸⁵ Rapport avril 2014, du nom de son président, Marc Juston, JAF expérimenté et président du TGI de Tarascon.

¹⁸⁶ Juge aux affaires familiales.

Et pour éviter l'ambiguïté de l'appellation « tentative de médiation obligatoire », le rapport propose de la remplacer par les termes « rencontre (ou entretien) préalable à la médiation familiale ».

Une proposition de loi relative à « l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant » contenant des dispositions autorisant notamment les JAF à « enjoindre (aux parents) de prendre part à une ou deux séances de médiation », adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 27 juin 2014, est toujours en cours d'examen parlementaire.

Conclusion :

Il existe donc bien une évolution notable, récente et croissante dans les pays de l'UE vers l'adoption de formes de médiation dite « obligatoire ».

Quelle que soit sa dénomination, « premier rendez-vous obligatoire de programmation » pré-judiciaire, « audience d'information obligatoire » suivie d'un « renvoi obligatoire en médiation », « médiation information and assessment meeting » ou « tentative obligatoire de médiation », il s'agit toujours pour les parties de tester la médiation. Cette obligation de rencontrer un médiateur vise à permettre aux protagonistes, au-delà d'une information concrète, de tester la médiation, d'y goûter, afin de commencer à abandonner leurs postures litigieuses, de se réapproprier leur responsabilité face à leur conflit et de consentir en toute connaissance de cause, librement, à rentrer en médiation.

Le courage de prendre la décision de se réapproprier le conflit, suppose que la liberté d'entrer en médiation soit « guidée » un minimum par le « professionnel » de la communication qu'est le médiateur formé. La meilleure façon pour les parties de se convaincre de l'intérêt pour elles de la médiation, est de ressentir concrètement en elles-mêmes que le processus leur permettra de s'exprimer et d'être entendues en confiance dans toutes les dimensions de leur conflit. C'est uniquement par elles-mêmes et par leur expérimentation d'un début de médiation, que les parties vont pouvoir découvrir et se convaincre de leur intérêt d'adhérer pleinement au processus de médiation.

Blaise Pascal a dit : « *Les gens sont en général davantage convaincus par les raisons qu'ils découvrent en eux-mêmes* ».

La médiation obligatoirement testée devient alors la médiation choisie.

La nouvelle loi sur la tentative obligatoire de la médiation en Italie

Par Alessandro Bruni

Médiateur professionnel et arbitre, Médiateur certifié IMI

Membre et ancien administrateur de GEMME

Fondateur de Concilia llc.

Président de médiateurs au-delà des frontières internationales
section professionnelle d'Italie

Introduction

La loi italienne (décret législatif n° 28/2010) définit la médiation comme une activité exercée par une tierce partie neutre et impartiale – le médiateur professionnel – dans le but d'aider deux ou plusieurs parties à parvenir à un éventuel accord à l'amiable et à la résolution d'un différend.

Afin de parvenir à un accord entre les parties, la médiation doit être effectuée par des prestataires de médiation (publics ou privés) professionnels et indépendants qui sont accrédités dans un registre entretenu et contrôlé par le ministère italien de la Justice.

En octobre 2012, la Cour constitutionnelle italienne a annulé le décret n° 28/2010, qui rendait la médiation obligatoire, estimant que par l'adoption de cette loi, le gouvernement avait dépassé à la fois le champ d'application de la directive de médiation et la loi 69/2009, qui autorisait le gouvernement italien à adopter un décret-loi introduisant des procédures de médiation civile et commerciale.

Le 20 septembre 2013, la prétendue « médiation obligatoire » est à nouveau entrée en vigueur dans le système juridique italien. En fait, le gouvernement italien, après la déclaration d'inconstitutionnalité du décret législatif n° 28/2010 (décision de la Cour constitutionnelle n° 272/2012), a réintroduit la même procédure, partiellement modifiée, par le décret-loi

n° 69/2013 (« décret 69/13 ») sur des « dispositions urgentes pour relancer l'économie ».

Ce décret modifié réintroduit la médiation « obligatoire » en matière civile et commerciale pour certaines affaires et pour une période expérimentale de quatre ans, au cours de laquelle le ministère de la Justice devra effectuer un suivi des résultats concrètement relevés dans la pratique.

La loi du 9 août 2013 n° 98, conversion du décret-loi n° 69/2013, contient le nouveau cadre de règles régissant et favorisant le recours à la médiation dans les litiges civils et commerciaux en Italie.

La loi a été promulguée dans le but de diminuer la charge de travail des tribunaux italiens et aussi pour éviter des retards supplémentaires intolérables dans les procédures judiciaires italiennes.

Types de médiation

Comme le prévoit déjà le système juridique italien, trois types de médiations différentes sont établis :

1. La médiation volontaire, lorsque la médiation est librement choisie par les parties. Cela est possible dans toutes matières civiles et commerciales, sur les droits qui sont considérés comme disponibles.

2. La médiation judiciaire, le juge peut ordonner aux parties (même pour les cas de tentative non obligatoire de la médiation), à tout stade de la procédure, mais avant la dernière audience, d'essayer d'abord la médiation, leur donnant 15 jours pour choisir le médiateur.

3. La médiation obligatoire, quand une tentative préliminaire et obligatoire de la médiation est imposée par la loi et devient une condition préalable au dépôt d'une action devant les tribunaux. Les sujets de ce type de médiation sont variés : différends entre voisins (copropriété), droits de propriété ; division des biens ; fiducies et biens immobiliers ; entreprise familiale ; litiges entre propriétaires/locataires ; prêts ; location des entreprises ; faute médicale, paramédicale et clinique ; diffamation, assurance, services bancaires et contrats financiers.

Par rapport à la législation précédente déclarée inconstitutionnelle, les cas liés à la réparation des dommages causés par la circulation des véhicules et des bateaux, ainsi que les procédures de conseils techniques pour le règlement de différends prévues par l'article 696 bis du Code de procédure civile italien sont exclus.

Si une partie se présente au tribunal pour un litige pour lequel est requise une première tentative de médiation, le juge doit suspendre l'affaire et inviter le demandeur à commencer par une procédure de médiation.

Procédure de médiation obligatoire

1°) La nouvelle loi prévoit l'obligation d'assistance des avocats de toutes les parties en médiation, en particulier pour les cas dans lesquels une

demande de médiation est obligatoire. La présence des avocats des parties est obligatoire pour toutes les phases de la procédure de médiation, jusqu'à la fin.

En fait, les avocats des parties doivent signer le procès-verbal de médiation et de l'accord afin de leur donner la force exécutoire (« titolo esecutivo »). Mais, avant la signature, tous les avocats doivent contrôler que l'accord conclu n'est pas contraire aux règles impératives et d'ordre public.

2°) La nouvelle loi introduit une nouveauté : la « réunion préliminaire » qui n'est pas encore une réunion de médiation, et doit être tenue au plus tard 30 jours à compter du dépôt de la demande de médiation. Dans cette phase, le médiateur, les parties et leurs avocats doivent décider ensemble et indiquer si une procédure de médiation peut commencer et peut-être possible pour ce différend particulier.

Si les parties décident de ne pas commencer une médiation (résultat négatif de la réunion préliminaire), elles seront libres d'aller devant un tribunal. Dans ce cas, la condition de recevabilité doit être considérée comme satisfaite, et elles ne devront rien payer au médiateur, à l'exception des frais initiaux (fixés par la loi à 40 € plus TVA).

De l'absence d'une partie à la médiation pour des raisons injustifiées, le juge peut tirer les conséquences de l'article 116 du Code de procédure civile italien. En outre, dans le cas de la tentative obligatoire de médiation, le juge condamne la partie absente au paiement d'une somme égale à la cotisation due pour le dépôt d'une demande en justice (que l'on appelle « contribution unique »).

Aucune indemnité n'est due, en tout cas, par une partie qui est admissible à l'aide juridictionnelle gratuite, conformément à l'article 76, paragraphe 1, du décret présidentiel du 30 mai 2002, n° 115.

La procédure pour une tentative obligatoire de médiation peut durer au maximum 3 mois.

3°) Toute médiation comprend les phases suivantes :

Une demande de médiation écrite soumise à un organisme de médiation accrédité (public ou privé), un médiateur professionnel et indépendant qualifié est désigné ; ainsi que la date, l'heure et le lieu où sera organisée la réunion préliminaire entre les parties, le médiateur désigné et les avocats des parties, afin d'évaluer la possibilité de commencer une médiation ;

Si la première réunion (la réunion préliminaire) se termine par l'accord des parties pour entamer une médiation, le médiateur va commencer la première réunion de médiation (le jour même, ou à un moment différent décidé conjointement avec les parties).

Deux scénarios possibles suivent :

a) Si les parties sont parvenues à un accord, le médiateur rédige le procès-verbal de la réunion qui doit être signé par le médiateur, les parties et leurs

avocats. Dès que le procès-verbal d'accord est signé par les parties et par les avocats, il devient immédiatement exécutoire. Dans le cas où les parties ne sont pas assistées par des avocats, les procès-verbaux doivent être homologués par le président du tribunal établi dans la circonscription du siège social du médiateur afin de bénéficier de la force exécutoire.

En tout cas, une partie peut demander la force exécutoire de l'accord de médiation devant le président du tribunal du lieu où le prestataire de médiation a son siège. La demande doit être faite par le dépôt du procès-verbal de médiation et de l'accord de médiation.

Avant d'accorder la force exécutoire, le juge vérifie que le contenu n'est pas contraire à l'ordre public ou à des règles obligatoires et contrôle le respect des formalités.

Étant revêtues de la force exécutoire, les minutes de médiation seront exécutoires pour (i) l'expropriation obligatoire ; (ii) l'action de livrer et de reprendre la livraison ; (iii) l'exécution des obligations de faire et de ne pas faire et (iv) la reconnaissance de l'hypothèque judiciaire.

Dans les litiges transfrontaliers, les minutes de médiation sont approuvées par le juge en chef du district dans lequel ils doivent être exécutés.

b) Si aucun accord n'est conclu, à la demande des parties, le médiateur peut émettre une proposition non contraignante (il est obligé de faire une proposition non obligatoire si les parties, d'un commun accord, le lui demandent) à propos de la résolution du litige, que les parties peuvent choisir d'accepter ou de refuser. Si l'une des parties refuse la proposition, la médiation est considérée comme ayant échoué et toute partie peut intenter une action en justice. Mais si la décision judiciaire est identique à la proposition précédente du médiateur, une telle décision peut affecter la répartition des frais judiciaires et le tribunal peut refuser d'exonérer la partie gagnante de tous les coûts et dépens si cette partie avait rejeté la proposition du médiateur. Dans ce cas, le tribunal ordonne à la partie gagnante de payer la partie perdante.

Confidentialité

Tous les médiateurs doivent garder confidentiels tous les renseignements découlant de (ou en relation avec) la médiation, y compris le fait que la médiation existe et a été réalisée entre les parties.

En outre, le décret-loi n° 28 de 2010 prévoit que les médiateurs ne peuvent pas être appelés comme témoins et les parties ne peuvent pas utiliser les communications faites ou des informations recueillies au cours de la médiation dans les procédures judiciaires ultérieures.

La mise en place d'un service de médiation pour les litiges internationaux dans le domaine des marques et dessins : la médiation à l'OHMI

Par Dr Jur. Théophile M. Margellos
Président des Chambres de recours de l'OHMI
MCI Arb, médiateur accrédité du CEDR

Introduction

D'un point de vue économique, la médiation est sans nul doute une méthode de résolution des conflits qui présente des avantages non seulement pour les utilisateurs et l'OHMI, mais aussi pour le système dans son ensemble. Les recours auprès des Chambres de recours de l'OHMI, des juridictions de l'Union européenne, et éventuellement aussi des tribunaux nationaux, peuvent être longs et coûteux pour toutes les parties concernées. La médiation, procédure qui repose sur les intérêts plus que sur les droits de chacun, propose une autre voie.

Et, en effet, depuis quelques années, la médiation est devenue un instrument très prisé pour le règlement des litiges. Même le législateur européen s'y est intéressé. La directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 a justement pour objectif de promouvoir la médiation, en particulier dans le contexte des litiges civils et commerciaux transfrontaliers.

C'est ainsi que les Chambres de recours de l'OHMI ont décidé d'instaurer un service de médiation.

I Création du service de médiation

Voici maintenant près de deux ans que le service de médiation de l'OHMI a été créé, et le chemin parcouru n'est pas négligeable.

L'idée d'une médiation à l'OHMI n'était pas nouvelle pour certains d'entre nous. Nous savions que certains de nos utilisateurs la souhaitaient, nous y réfléchissions depuis un certain temps déjà, et nous avons analysé ses mérites et les avantages potentiels qu'elle apporterait à ceux qui utilisent nos procédures.

En effet, depuis le 24 octobre 2011, les Chambres de recours de l'OHMI offrent à leurs usagers la possibilité de recourir à des procédures de médiation afin de régler, à l'amiable, des litiges en matière de marques communautaires, mais aussi de dessins et modèles communautaires.

Le cadre juridique de la procédure de médiation devant l'Office est, notamment, constitué de la décision n° 2011-1 du présidium des Chambres de recours du 14 avril 2011 sur le règlement amiable des litiges (« Décision sur la médiation »)¹⁸⁷ et de la décision n° EX-11-04 du président de l'Office du 1^{er} août 2011, concernant les frais d'administration liés à la médiation¹⁸⁸.

Ces décisions, ainsi que les textes¹⁸⁹ qui les accompagnent, visent à structurer les processus et à établir les règles qui gouvernent son déroulement. Les médiateurs de l'Office pratiquent la médiation conformément aux règles qui y sont énoncées.

Comme point de départ, notre premier objectif était de créer une équipe de médiateurs aussi diversifiée que possible, notamment afin de permettre de proposer nos services dans le plus grand nombre possible de langues de l'UE. Un bref coup d'œil à la liste de médiateurs de l'OHMI permet de se rendre compte de l'étendue des compétences linguistiques de l'équipe actuelle, certains membres pouvant même assurer une médiation dans cinq langues.

Les noms et C.V. de nos médiateurs figurent sur le site Internet de l'OHMI, afin que les parties puissent choisir un médiateur ou une médiatrice en particulier si elles le souhaitent. Il se peut, en effet, que des parties préfèrent un médiateur qui dispose de qualifications précises et d'une expérience particulière ou qui soit capable d'assurer une médiation dans une certaine langue. Il va sans dire que tous nos médiateurs, quels que soient leur

¹⁸⁷ JO OHMI

10/2011 http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/CTM/legalReferences/decisionPresident/ex11-4_fr.pdf

¹⁸⁸ Décision EX-11-04 du président de l'Office du 1^{er} août 2011 concernant les frais d'administration liés à la médiation. JO OHMI 9/2011

http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/CTM/legalReferences/decisionPresident/ex11-4_fr.pdf

¹⁸⁹ Voir « Règles relatives à la médiation », http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/CTM/rules_on_mediation_fr.pdf

Et « Instructions aux parties » http://oami.europa.eu/ows/rw/resource/documents/CTM/mediation_instructions_parties_fr.pdf

passé professionnel et leur rôle antérieur au sein de l'Office, ont une très grande expérience de toutes les questions relatives aux marques, dessins et modèles communautaires.

Ils ont des formations différentes et proviennent d'horizons tout aussi divers, mais tous sont pareillement attachés aux valeurs de la médiation et disposent d'excellentes compétences en communication et en conciliation.

L'essence de notre service de médiation est sa nature facilitatrice. Nos médiateurs interviennent en tant qu'intermédiaires neutres entre les parties afin de faciliter le règlement de leurs différends. Le rôle du médiateur est effectivement celui d'un facilitateur. Ni juge, ni arbitre, mais « neutre, impartial et indépendant », le médiateur aide les parties à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend.

II Principes directeurs

Le médiateur n'a pas le pouvoir de décider si une médiation a échoué : la décision relative au traitement d'une affaire et à son issue revient exclusivement aux parties. Le caractère volontaire de la médiation demeure tout au long de la procédure. Bien entendu, aucune solution de règlement du litige ne peut être imposée aux parties, mais doit être le fruit d'un commun accord.

(1) Consensualisme

L'ouverture d'une procédure de médiation est toujours volontaire ; en d'autres termes, les Chambres ne peuvent pas contraindre les parties à participer à une médiation. Sur ce point, il convient également de mentionner le droit des deux parties et du médiateur de suspendre provisoirement la médiation ou d'y mettre fin à tout moment et sans obligation de motiver cette décision.

(2) Absence de responsabilité du médiateur ou de l'Office

Si le médiateur met tout en œuvre pour faciliter la conclusion d'un règlement amiable, il n'élabore pas ce règlement, et ne donne pas de conseils juridiques aux parties, il reste à tout moment neutre envers elles. En conséquence, nos médiateurs et l'Office, n'assument aucune responsabilité quant au résultat de la médiation, la légalité, ou le caractère exécutoire de l'accord obtenu à l'issue de la médiation.

(3) Confidentialité

Les informations et les documents qui sont échangés et apparaissent pour la première fois dans le cadre de la procédure de médiation sont absolument confidentiels. Ils ne peuvent ni être transmis à des tiers ni être utilisés dans

d'autres procédures. Aussi bien les parties que leurs représentants sont tenus de respecter ce principe de confidentialité. Les documents établis ou produits aux fins de la médiation ne sont pas inscrits au registre et ne sont pas répertoriés dans le dossier de l'affaire.

En outre, à l'instar des parties, nos médiateurs sont tenus au strict respect de la confidentialité. En particulier, le médiateur ne peut ni informer la Chambre de recours compétente du contenu de la médiation, des avis exprimés, des suggestions, et des propositions formulées ou des concessions faites par les parties, ni lui transmettre des documents échangés ou établis dans le cadre de la médiation. Il n'est établi aucun procès-verbal d'aucune sorte des réunions de médiation, et le médiateur prend soin de détruire ses notes personnelles de séance.

(4) Neutralité, impartialité et indépendance

Le médiateur est nommé de commun accord par les deux parties. À cet effet, l'Office met à leur disposition une liste de personnes accréditées ayant une longue expertise en matière de marques et de dessins. Le médiateur ainsi nommé, doit respecter à tout moment sa position de neutralité, étant donné qu'il n'a pas vocation à trancher le litige ni le pouvoir d'imposer un règlement aux parties. Il doit aussi maintenir une attitude d'impartialité garantissant l'égalité de traitement entre toutes les parties, assistées d'un conseil ou non.

En outre, le médiateur doit être indépendant. Il ne peut pas agir en tant que tel s'il a un lien direct ou indirect avec une des parties ou avec l'affaire en question.

Les examinateurs, les fonctionnaires et les agents de l'Office qui ont un intérêt personnel dans l'affaire, qui ont agi précédemment comme mandataire d'une des parties ou qui ont participé à l'adoption de la décision recourue, sont, bien évidemment, exclus d'une procédure de médiation. Si cette procédure n'aboutit pas positivement et que la procédure devant la chambre reprend, le médiateur ne peut pas faire partie de la formation de cette Chambre pour l'affaire en cause. De plus, il est également évident qu'après avoir conduit une procédure de médiation, le médiateur ne pourra pas participer à d'autres procédures devant l'Office portant sur la même affaire.

III Lancement du processus

En vertu de la « Décision sur la médiation » précitée, un recours doit avoir été formé contre une décision rendue en première instance par la division d'opposition ou la division d'annulation avant qu'une procédure de médiation puisse être engagée. La médiation proposée par l'OHMI ne peut avoir lieu *qu'une fois* le recours dûment présenté et la taxe de recours acquittée.

Si les parties conviennent de s'engager dans une procédure de médiation, elles doivent adresser une demande conjointe à l'OHMI. Dans cette demande doivent être indiqués la référence du dossier de ce recours et le nom du médiateur/de la médiatrice choisi(e). En parallèle, les parties doivent demander la suspension de la procédure de recours. Dès réception de cette demande, le médiateur avertit la Chambre de recours compétente, et la procédure est suspendue.

La procédure de médiation proposée par l'Office est non rémunérée et sans frais d'administration pour autant qu'elle se déroule au siège de l'Office, à Alicante (Espagne). En revanche, si elle se déroule dans les locaux de l'Office à Bruxelles, il y aura lieu d'acquitter une taxe de 750 euros avant le début de la procédure de médiation¹⁹⁰. Cette somme forfaitaire vise uniquement à couvrir les frais de mission de nos médiateurs, notamment leurs frais de déplacement et de séjour. Sauf stipulation contraire entre les parties, ces dernières devront se partager les éventuels frais administratifs de la médiation, y inclus la taxe forfaitaire¹⁹¹.

IV Déroulement de la médiation

Dès sa désignation, le médiateur prendra contact avec les parties en vue d'organiser la réunion de médiation. Si les parties sont représentées, elles sont contactées par l'intermédiaire de leurs représentants et ceux-ci sont également invités. La réunion de médiation a, en principe, lieu à Alicante mais elle peut également être tenue dans les locaux de l'Office à Bruxelles.

La procédure de médiation se déroule dans la langue choisie par les parties. Si les parties le jugent nécessaire ou souhaitable, elles peuvent recourir, à leurs frais, aux services de traducteurs ou d'interprètes.

Avant le début de la première réunion de médiation, les parties doivent signer un « accord de médiation », qui inclut les clauses pertinentes garantissant, notamment, la capacité des parties à négocier un règlement amiable et la confidentialité de toutes les démarches et négociations qui ont lieu dans le cadre de la médiation. Un modèle d'accord est remis aux parties après le dépôt de la demande de médiation. Inutile de rappeler que cet accord de médiation ne doit pas être confondu avec l'accord, conclu lorsque la médiation entre les parties arrive à bon terme.

V Fin de la médiation

Une procédure de médiation se conclut, normalement, sur un accord entre les parties, qui règle définitivement le litige concernant la marque ou le

¹⁹⁰ Voir article 1^{er} de la décision du président de l'Office n° EX-11-04.

¹⁹¹ Voir article 2 de la décision précitée.

dessin communautaire. L'accord peut prévoir le retrait ou la limitation de la demande de marque communautaire, de l'opposition ou du recours, y compris toute autre convention, concernant une éventuelle collaboration future, la répartition des frais, etc.

Il s'agit d'un accord de règlement à l'égard duquel l'Office n'assume aucune responsabilité en ce qui concerne son contenu, sa légalité ou son exécutabilité. En outre, l'Office ne fait pas fonction d'autorité de dépôt de l'accord de règlement signé.

Lorsque la procédure de médiation réussit, le médiateur informe la Chambre de recours compétente du résultat de la médiation. Si l'accord de règlement tend au retrait d'une demande de marque communautaire, d'une opposition, d'une demande en nullité, d'une action en déchéance ou d'un recours ou à la renonciation à une marque communautaire, ou à un dessin ou un modèle communautaire, ce retrait ou cette renonciation doit être fait par écrit devant la Chambre de recours. Cette dernière adoptera alors une décision de clôture de la procédure de recours. Dans cette décision, la Chambre tirera les conséquences résultant de l'accord des parties dans les mêmes conditions que celles expliquées précédemment au sujet du rapprochement amiable des parties (voir I. (b) ci-dessus).

Il est à rappeler à cet égard qu'en absence d'un accord sur les frais, la Chambre statuera sur les taxes et les frais de la procédure de recours conformément aux dispositions applicables.

Quant aux frais de la médiation elle-même, la décision du président de l'Office dispose que, sauf disposition contraire convenue entre elles, les parties supporteront leurs propres frais¹⁹².

Si les parties ne parviennent pas à un règlement amiable malgré l'aide du médiateur, ce dernier peut déclarer la fin de la médiation à tout moment. En application du principe de consensualisme, chaque partie peut également mettre fin à tout moment et unilatéralement à la médiation.

Si la médiation échoue, le médiateur en informe la Chambre de recours, qui relancera sans délai la procédure de recours. Les délais, suspendus durant la période de médiation, recommencent à courir à compter de la date de reprise de la procédure de recours, sans remise à zéro des délais écoulés à la date de suspension.

Conclusion

La médiation n'a pas vocation à résoudre tous les conflits en matière de marques et de dessins, et plus généralement, en matière de propriété

¹⁹² Voir article 2 de la décision EX-11-04 précitée.

intellectuelle. Elle a, cependant, assurément sa place pour apporter une solution effective et rapide dans beaucoup de situations conflictuelles. Ses avantages résident dans sa rapidité, sa flexibilité, son coût moindre, la possibilité d'aborder des sujets plus larges que ceux ayant fait l'objet de la décision contestée, et notamment des relations commerciales, sa totale confidentialité et son absence de risque, car si elle n'aboutit pas, la procédure de recours reprend là où elle a été suspendue sans qu'il puisse être fait référence aux discussions et documents échangés lors de la médiation.

La mise en œuvre de la directive : les incitations gouvernementales et les bonnes pratiques judiciaires

Par Mr. Giorgio Santacroce
Président de la Cour suprême d'Italie

I.

En Italie, la médiation, mode général de règlement des litiges civils et commerciaux en dehors des tribunaux, est une « alternative » à la protection traditionnelle. Elle a été officialisée par le décret n° 28 du 4 mars 2010, pour la mise en œuvre des principes énoncés à l'article 60 de la loi 2009 sur la réforme de la procédure civile. Ce décret est en conformité avec les orientations fixées par l'Union européenne dans sa directive du 28 mai 2008 sur la médiation dans les litiges transfrontaliers.

II.

La loi de 2010 traite de toutes les questions énoncées dans la directive et a pour but de favoriser l'accès à la médiation. Par exemple, les effets de la demande de médiation sur la prescription et l'action des avocats, les médiateurs *ad hoc*, la formation des médiateurs, les garanties relatives à la confidentialité, la force exécutoire de l'accord. Ces aspects ont été complétés par un allègement fiscal en vertu de la réglementation italienne.

En conséquence, le 21 octobre 2010, au cours de la troisième réunion des juges en chef des Cours d'appel de l'Union européenne à Berlin, je présentais, avec une satisfaction compréhensible et beaucoup d'espoir, les grandes lignes de ce nouveau processus. À cette occasion, j'ai également annoncé que l'Italie a finalement été dotée d'une législation sur la médiation visant à un règlement amiable des litiges. J'ai expliqué que, bien que

partiellement appliquée jusqu'alors, elle allait entrer en vigueur dans quelques mois, ainsi que les deux autres sujets juridiques très contentieux (voisinage et copropriété et indemnisation des dommages causés par les accidents de la route). Ainsi, une autre réponse judiciaire a été ouverte, alors que le procès avait toujours été considéré comme le moyen ordinaire et exclusif pour régler tous les litiges civils et commerciaux.

Un système général de règlement des différends – comme je l'ai mentionné à Berlin – est une innovation révolutionnaire en Italie dans l'administration de la justice civile, depuis que la loi de 2010 a prolongé la portée de la justice alternative – déjà traitée dans la législation contestée, mais limitée à certains secteurs et à certaines matières spécifiques – à un large éventail de litiges concernant les prétendus « droits dont les parties peuvent disposer ».

Malheureusement, la médiation a connu une impasse bien qu'elle fût censée alléger la charge des tribunaux italiens. La Cour constitutionnelle italienne, dans sa décision du 23 octobre 2012, a décrété inconstitutionnelles les règles de médiation, éliminant ainsi la tentative préalable de conciliation obligatoire avant la saisine des tribunaux civils dans un grand nombre de cas (immobiliers, litiges entre propriétaires et locataires, contrats relatifs aux services bancaires, d'assurance et de finance, partages des biens, successions, voisinage et litiges de copropriété, diffamation par voie de presse, négligence médicale, préjudice découlant d'accidents de la route : article 5, paragraphe 1 bis). La décision de la Cour constitutionnelle a été rendue alors que la médiation en droit civil commençait à avoir un résultat encourageant, bien qu'encore très lente et incertaine. Néanmoins, cette décision n'a eu aucune incidence sur le bien-fondé de ce processus, reconnu pour répondre aux besoins de la société et de l'économie. La décision de la Cour stigmatise simplement sa non-conformité constitutionnelle due uniquement à des vices de forme : la loi de 2010 n'avait pas respecté les limites fixées par la loi de 2009 qui n'avait pas rendu la médiation obligatoire.

Le décret-loi n° 69 du 21 juin 2013 (défini comme « decreto del fare »), puis modifié et converti en loi n° 98 du 9 août 2013, a rétabli la médiation obligatoire en affirmant que, une fois appliquée, elle pouvait être une réponse efficace à une part importante du contentieux civil en soulignant le bénéfice de la réduction de la longueur des procédures judiciaires.

Plus loin dans ma présentation, je vais essayer de décrire et d'analyser quelques-unes des mesures législatives innovantes les plus importantes prévues par la loi de 2013 et les récentes propositions présentées au nouveau ministre italien de la Justice, visant à supprimer certains effets indésirables en droit civil afin de faire cesser l'opposition persistante du Barreau.

Avant de parler des innovations prévues dans la nouvelle loi, il semble approprié de souligner que l'avenir de la médiation dépend essentiellement de l'état d'esprit avec lequel sera accueillie la médiation elle-même, en commençant avec succès une action capable de rééquilibrer la relation entre l'offre et la demande de justice, mais surtout capable de développer, en Italie comme ailleurs, un système de règlement extrajudiciaire des différends.

La médiation est appelée à jouer ce rôle déclencheur d'une véritable révolution éthique. En effet, comme approche de négociation pour le règlement des différends, elle ne doit pas être considérée seulement comme un moyen conçu pour réduire la charge de travail judiciaire. Elle représente un instrument pour accéder à la justice, car elle exprime matériellement « le mouvement mondial visant à faire respecter les droits », justifiant ainsi l'immense projet d'« accès à la justice » développé en Amérique du Nord. La souplesse du processus, en encourageant le règlement des différends d'une manière rapide, facile et informelle, fixe des limites à l'utilisation abusive des procédures judiciaires ; mais il prend également en compte le système actuel en facilitant l'accès à la solution des litiges par différentes approches, ne se limitant pas à l'arbitrage ou à une action judiciaire, laissant ainsi la médiation régler des affrontements possibles pour lesquels la logique procédurale peut ne pas être adéquate.

Donc, la médiation constitue un autre moyen d'aborder la dynamique des différends entre les parties. Avant de recourir à la voie juridique, le conflit entre les parties doit être analysé au niveau psychologique, en s'attardant sur les caractéristiques comportementales des parties pour éviter la confrontation inhérente au procès qui aura inévitablement des répercussions relationnelles. Ce changement de perspective est d'abord d'ordre culturel ; il est aussi utile à l'institution judiciaire vis-à-vis de l'augmentation exponentielle de la charge de travail des tribunaux.

III.

Il est à noter tout d'abord que la nouvelle législation trouve son fondement dans les règles énoncées dans le décret-loi de 2010, avant la décision de la Cour constitutionnelle, car il prévoit des innovations considérables.

Les nouvelles règles sur la médiation ne sont pas une simple reproduction du texte annulé par la décision rendue en octobre 2012, mais elles résultent d'un choix nouveau et indépendant fait par le législateur, complètement distinct des critères principaux prescrits dans la loi de 2009. Le « decreto del fare » a mis en place un nouveau modèle de médiation dont les règles de base doivent être mises en œuvre et interprétées par le ministère de la Justice.

Pour mieux décrire l'étendue exacte des changements intervenus, même si une culture de la médiation a échoué (de tels changements peuvent orienter des parties vers la possibilité de rechercher une solution consensuelle pour régler un type de cas donné), ma contribution concernera trois changements que je juge fondamentaux.

La première innovation importante est le rôle central des avocats qui ont obtenu le statut de médiateur judiciaire. Leur participation au règlement amiable est donc nécessaire pour assurer la défense technique en raison de la nature juridique des questions en jeu. Les parties doivent recourir à l'assistance d'un avocat pour l'ensemble de la procédure et si un accord est conclu, les avocats, en signant le procès-verbal d'accord, attestent et certifient sa conformité aux dispositions d'ordre public. Ce faisant, le procès-verbal peut être considéré comme un titre exécutoire pour la vente forcée, la livraison forcée et la libération, l'exécution des obligations de faire ou de ne pas faire et l'inscription hypothécaire. En outre, l'assistance juridique est toujours appliquée à la tentative préalable de médiation et à la médiation ordonnée par l'autorité judiciaire, mais pas à la médiation décidée par la simple volonté des parties.

On peut se féliciter de l'action du ministre de la Justice qui a insisté dans son ordonnance de novembre dernier sur les « priorités opérationnelles » pour mettre en œuvre la médiation, identifier le rôle central des médiateurs et la transparence de ceux qui gèrent la médiation.

Les avocats inscrits dans des centres de médiation doivent être formés de manière adéquate et mettre à jour leur formation théorique et pratique en la matière. Pour cette raison, les avocats n'ont pas obtenu le droit de fixer le siège du centre de médiation dans leurs cabinets (et vice versa) et l'attention a été attirée sur les accords et les contrats stipulés entre centres qui « doivent être considérés comme interdits ».

Une autre innovation concerne le calendrier de la procédure, qui a été modifié. La première réunion, sorte de filtre exploratoire, remplace l'ancienne tentative de médiation ; elle est entièrement gratuite et doit avoir lieu dans les 30 jours de la réception de la demande par le centre de médiation concerné. Au cours de cette première réunion (rebaptisée « réunion d'information »), le médiateur est tenu d'expliquer aux parties ce qu'est la médiation, ses modalités de mise en œuvre et de leur proposer, ainsi qu'à leurs avocats, de commencer la médiation. Par conséquent, dès la première réunion, les parties devraient soit poursuivre la médiation, soit constater l'échec de la tentative et leur permettre de demander au tribunal de continuer le procès, sans avoir à payer de taxe au centre de médiation concerné.

Finalement, un rôle nouveau et renforcé est donné au juge qui peut tout d'abord tenter une médiation, même au cours de la procédure, dans les cas où son intervention n'est pas obligatoire, permettant ainsi de nouvelles et de plus grandes occasions de règlement des différends. En changeant la phrase : « le juge peut demander aux parties de... » en « le juge peut ordonner aux parties de tenter une médiation », l'invitation par le juge devient maintenant un véritable devoir pour les parties, sans possibilité pour ces dernières de refuser la demande et de continuer les procédures judiciaires ordinaires, comme ce qui se faisait auparavant. Par conséquent, une condition préalable pour engager des poursuites judiciaires est introduite plus tard, au moyen d'une médiation déléguée par le juge et coexiste avec les trois autres formes de médiation prévues par la loi : la tentative volontaire, la tentative obligatoire dans tous les domaines énoncés à l'article 5, paragraphe 1 bis et les clauses de médiation dans les contrats ou dans les règlements fondés sur la négociation « fair-play » qui contiennent un accord contraignant les parties, en cas de litige, à choisir la médiation.

Le choix du législateur, en 2013, d'introduire une forme de médiation hors tribunal, discrétionnairement gérée par le tribunal, peut en outre favoriser la diffusion de cette mesure. De cette façon, le juge joue un rôle majeur et stratégique dans la gestion des affaires dont il est saisi. La nouvelle loi élargit l'horizon de la médiation et place le juge dans la position d'un « facilitateur » pour homologuer des accords dans le but de réduire l'arriéré judiciaire : les nouveaux processus sont immédiatement applicables aux affaires civiles en cours.

Le caractère obligatoire de la médiation se retrouve donc dans deux cas : le premier met l'accent sur la médiation obligatoire dans les cas ordonnés par la loi et ne concerne que certains domaines du droit pendant une période expérimentale de quatre ans, l'autre est à la discrétion du tribunal. Cette dernière n'est donc pas limitée dans le temps ou le contenu de l'expérimentation, mais elle fait structurellement partie du pouvoir d'instruction du juge.

Je ne parlerai pas des autres modifications mineures, comme la version expérimentale de médiation mentionnée ci-dessus, les conséquences du refus d'assister à la réunion pour tenter la conciliation, la restriction géographique de l'activité des centres de médiation, l'élargissement de la liste des litiges traités en médiation, les cas exclus de la médiation obligatoire.

Grâce aux innovations adoptées, le législateur espère que la nouvelle demande de médiation/conciliation ne soulèvera plus les critiques qui ont caractérisé sa création initiale et minimisé son sens et sa portée. En effet, ces dernières innovations ouvrent de façon réaliste la possibilité d'élargir la compétence du juge et de préserver les relations futures entre les parties puisque la médiation se trouve à mi-chemin entre les méthodes de

négociation qui ne nécessitent pas la participation d'un tiers (la transaction, par exemple) et les méthodes où un tiers agit en qualité de juge spécifique pour la qualification subjective et le type d'activité (comme cela se passe dans l'arbitrage).

Médiation et tribunaux : le point de vue des entreprises

Par son Honneur **Nicholas Chambers QC**
Brick Court Chambers
Médiateur (CEDR) et arbitre

Introduction

Ce document a été réalisé avec l'aide d'un certain nombre de juges et praticiens auxquels j'adresse ici ma reconnaissance.

Il comporte deux points de vue : le premier résulte du titre ; le second résulte du passé de l'auteur. C'est du second point de vue que je m'adresse tout d'abord.

Entre 1999 et 2012, j'étais un juge spécialisé au pays de Galles chargé des affaires concernant des différends commerciaux, ainsi que de la *Chancery Division* et de la Cour de technologie et de la construction. J'ai également siégé en tant que juge à la *Commercial Court* à Londres. J'étais responsable du traitement entier de l'affaire dans la plupart des cas dont je m'occupais. Un aspect de ce travail a été d'examiner l'intérêt et de l'expliquer, quand c'était nécessaire, d'une médiation. Fait inhabituel pour un juge, j'étais déjà médiateur agréé du *CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution)* mais, comme beaucoup de juges, je n'étais pas habilité à pratiquer en tant que médiateur.

À cette époque, je suis devenu le premier directeur des *Specialist civil continuation seminars*, séminaires organisés annuellement par le Conseil des études judiciaires pour les juges spécialisés. Il était de ma responsabilité, avec mon président (aujourd'hui, Lord Neuberger), et nos chefs de groupe, de concevoir les programmes annuels et nous nous penchions régulièrement sur la question de la médiation.

Avant que je devienne juge, la médiation ne jouait pas un rôle significatif dans les vies professionnelles des avocats, même si le *CEDR* jouissait déjà d'un rôle notable.

Depuis que j'ai pris ma retraite de juge et que je pratique désormais comme médiateur et arbitre, j'ai eu l'occasion de voir en pratique l'application de la médiation dans les tribunaux et pour les entreprises concernées.

Commentaire général

Avant d'aller plus en détail, il serait peut-être utile de faire un commentaire général.

Les juges d'Angleterre et du pays de Galles acceptent généralement d'être nommés après avoir passé un certain nombre d'années dans une pratique juridique privée. Les anciens juges peuvent avoir été nommés il y a vingt ans. Ces juges n'ont aucune expérience pratique du fonctionnement de la médiation. Dans une moindre mesure, cela peut être également vrai de beaucoup de ceux qui ont été nommés plus tard. Il est très peu probable qu'ils soient qualifiés et qu'ils aient pratiqué en tant que médiateurs, mais ils peuvent très bien avoir été impliqués dans des médiations. Cependant, ils seront de plus en plus nombreux à avoir pratiqué dans un esprit de reconnaissance de la médiation.

L'implication de tout juge dans la médiation, à l'exception du nombre très limité qui est habilité à la conduire, est dans une certaine mesure à distance. Ces juges qui s'engagent sur ce sujet peuvent ordonner une médiation, mais ne peuvent aller plus loin. Armées d'un commentaire encourageant et/ou d'un ordre, les parties se retirent et c'est généralement là la fin de ce que le juge a à faire dans cette affaire. Un juge peut être aussi saisi de la médiation, s'il y a un procès à la fin duquel la partie perdante accuse la partie gagnante d'avoir déraisonnablement refusé d'entrer en médiation. Dans ce cas, la cour doit décider si un tel comportement doit être financièrement pénalisé.

Comme on le verra, c'est ce sens de la distance et de la neutralité judiciaire qui peut avoir un effet bénéfique sur la médiation.

Historique

Les tribunaux

De loin, le plus gros du travail effectué par les juges en Angleterre et pays de Galles concerne la criminalité. Un travail considérable concerne le droit administratif qui a trait au contrôle des décisions gouvernementales et quasi gouvernementales, en particulier le travail sur l'immigration. Une grande partie du personnel judiciaire siège au sein des tribunaux qui s'occupent des

droits privés variés créés par l'État. De ces derniers, un fort pourcentage concerne les entreprises et les tribunaux du travail. Aussi, parmi les juges seniors, seule une petite proportion est concernée par le travail civil, objet de ce document.

Il y a deux tribunaux civils de première instance.

The High Court (Haute Cour)

La Haute Cour s'occupe des affaires les plus importantes en termes de valeur ou de complexité. Elle est divisée en trois entités auxquelles des juges sont assignés. Les noms de ces entités reflètent en partie les tribunaux qui ont exercé les juridictions transférées à la seule Haute Cour par le Parlement au XIX^e siècle. Ce sont les *Chancery Division* (Division de la Chancellerie) et *Queen's Bench Division* (Division du Banc de la Reine) que ce document concerne.

La *Chancery Division* traite de nombreuses questions contractuelles, qui peuvent également être traitées par la *Queen's Bench Division*, mais aussi de questions qui lui sont propres comme les testaments et les fiducies, le fonctionnement des sociétés, l'insolvabilité, l'immobilier et la majorité des points de propriété intellectuelle. La plupart des travaux de préparation sont effectués par les *Chancery Masters* ou, en dehors de Londres, par les juges de district. La majorité des jugements et du travail plus complexe de préparation sont traités par les juges de la Haute Cour ou les juges ayant l'autorisation de faire du travail de Haute Cour. Il s'ensuit que ce sont les *Chancery Masters* et les juges de district qui sont directement concernés par la médiation durant la période conduisant au procès. Toutes les demandes en réparation en raison d'une absence de médiation sont traitées par le *Trial judge* (juge de procès).

Le fonctionnement de la *Chancery Division* a récemment fait l'objet d'une analyse approfondie et d'une recommandation dans le cadre de la *Chancery Modernisation Review* (Examen en vue de la modernisation de la Chancellerie) par Lord Justice Briggs, publiée le 17 décembre 2013. La médiation est évoquée de manière constructive au chapitre 5.

Sans compter l'insolvabilité, environ 5 000 demandes ont été présentées en 2012 à la Division de la Chancellerie.

La *Queen's Bench Division* contient un certain nombre de cours qui sont d'une importance considérable pour ce document.

La *Commercial Court* traite des affaires d'une grande valeur et d'une grande complexité. Dans beaucoup d'entre elles, toutes les parties sont basées à l'étranger mais, que ce soit par accord, ou à cause d'autres facteurs, les affaires sont entendues à Londres. Les juges de la Cour commerciale (qui

passent une part importante de leur temps à traiter la criminalité) peuvent traiter tout stade, de la préparation des affaires au jugement. Parfois, le même juge est impliqué tout du long. C'est avec une légitime fierté que la Cour commerciale est à la tête du développement des voies les plus appropriées pour le traitement des affaires. La tradition est entérinée dans l'*Amiralty and Commercial Court Guide*. Le tribunal siège uniquement à Londres. En 2012, environ 1 200 affaires ont été initiées.

La *Technology and Construction Court* fonctionne globalement de la même façon que la *Commercial Court* avec ce facteur supplémentaire que ses juges peuvent agir en tant que médiateurs. Les juges siègent à Londres et dans les principaux centres judiciaires régionaux. En 2012, environ 400 affaires ont été mises en route. L'augmentation du montant minimal de l'affaire pour être enrôlée a diminué le nombre d'affaires portées devant le tribunal.

Les *Mercantile Courts* sont des tribunaux d'affaires situés à Londres et dans les centres judiciaires régionaux.

Le reste du travail de la division concerné par ce document concerne la responsabilité civile (délictuelle) et les contrats qui ne sont pas traités par ces deux Cours spécialisées. Le travail de préparation pour ces affaires est effectué par les *Queen's Bench Masters* ou par les juges de district. La plupart des jugements sont traités par des juges qui n'appartiennent pas à la Haute Cour mais qui ont l'autorisation spéciale de traiter les affaires de Haute Cour.

The County Court (le tribunal de comté)

La *County Court* (Cour de Comté) a été créée par le Parlement au cours du XIX^e siècle. Initialement de petite importance, la juridiction a agrandi jusqu'à empiéter en grande partie sur la *High Court*, mais il faut rappeler que les affaires les plus importantes sont traitées par la Haute Cour. Nonobstant, c'est la *County Court* qui traite le gros du volume des litiges civils en Angleterre et au pays de Galles. Ce travail est divisé surtout en fonction de la valeur : (a) des petites affaires, (b) affaires de *fast track* (voie rapide) et (c) des *multi-track* (suivis multiples). Les petites plaintes et les voies rapides sont en grande partie gérées et jugées par les juges de district, tandis que les suivis multiples sont en général gérés par les *district judges* (juges de district) et les jugements rendus par un circuit de juges incluant des juges spécialisés qui ont également le pouvoir de juger des affaires de la Haute Cour : Mercantile, Chancellerie, et Technologie et Construction.

The Court of Appeal (Cour d'appel)

Bien qu'il existe divers processus d'appel en matière civile, la Cour d'appel occupe une place centrale, n'étant dépassée que par la *Supreme Court* (Cour suprême). Néanmoins, c'est traditionnellement la Cour d'appel qui a la responsabilité de la supervision judiciaire des affaires de procédures, ce qui inclut la médiation. Cette supervision se fait sur un fond triple.

Premièrement, bien que les grands tribunaux fussent à l'origine en grande partie responsables de leurs procédures, le système devint si encombré que diverses règles de procédure légale durent être introduites. Un tel processus fut illustré lors de la création par une loi en 1873 de la Cour suprême – qui était Haute Cour et Cour d'appel : alors furent promulguées les règles de la Cour suprême qui, dans le cadre de la réforme Woolf, furent remplacées par les règles de procédures civiles qui s'appliquent à la fois à la *High Court* et à la *County Court*.

Deuxièmement, la Haute Cour, et en particulier la Cour d'appel, ont la tâche de fixer les interprétations contraignantes de la façon dont les règles formelles doivent être comprises et appliquées. La Cour d'appel a également virtuellement le pouvoir de créer de la procédure qui soit raisonnablement soumise aux règles. Cela se fait par des jugements délivrés dans des cas individuels. Certaines fois, la cour fait une déclaration de principe général, et d'autres fois, elle se borne au cas particulier d'un appel, laissant ceux qui le lisent en extraire ce qui peut être utilisé ailleurs.

Troisièmement, chaque juge bénéficie d'un haut degré de discrétion dans le traitement des questions de procédure, à condition qu'il ou elle ne se trompe pas dans le principe.

Ainsi, la Cour d'appel a été autorisée sans réserve à embrasser l'idée de la médiation en matière civile et a utilisé ses pouvoirs pour l'encourager. Cet encouragement intervient largement sous forme de sanctions quant à la recouvrabilité des dépens par une partie gagnante, dans l'hypothèse où elle aurait déraisonnablement refusé de recourir à la médiation ou d'indiquer la raison de son refus. Ces affaires indiquent non seulement la nature des pénalités mais également les circonstances dans lesquelles elles peuvent être appliquées. Il s'ensuit que là où il y a eu un refus déraisonnable de médiation, si un tribunal de première instance ne parvient pas à appliquer ces principes dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, alors cette décision est susceptible d'être annulée en appel. La présente loi sur le sujet et ses modalités sont définies dans la décision de la Cour d'appel *PGF II SA v OMFS Société 1 Ltd* [2013] EWCA Civ. 1288 dont la transcription peut être trouvée sur le site Web BAILII. Elle a été publiée sous la référence : [2014] 1 WLR 1386.

La Cour d'appel offre un service de médiation bien considéré.

PROCÉDURE

La nature essentielle de la majorité des procédures civiles à leur début peut être brièvement décrite de la façon suivante :

L'action débute par une demande et un exposé qui décrit la cause du demandeur.

Si le défendeur souhaite contester la demande, il doit le dire et préparer sa défense, souvent par le biais d'une demande reconventionnelle.

S'il y a seulement des arguments de défense, le demandeur peut signifier une réponse. S'il y a une défense et une demande reconventionnelle, il y aura une réponse et des conclusions de défense à la demande reconventionnelle. S'il y a une réponse en défense et une demande reconventionnelle, il y aura une réponse et une défense reconventionnelle.

Si tout va bien, à ce stade, la nature de la procédure sera devenue claire.

Si une réponse en défense est déposée au greffe, le greffier enverra aux parties une proposition de calendrier avec obligation de remplir un formulaire en se consultant mutuellement et en coopérant.

Les parties vont répondre en énonçant différentes informations importantes comme les dates auxquelles il est prévu d'atteindre certains stades de la préparation du procès, si des témoins experts sont requis, à combien est estimé le temps du procès. Chaque partie doit aussi produire une estimation des coûts qu'elle est prête à engager et qu'elle souhaite que le tribunal approuve.

Directive type :

« À tous les stades, les parties doivent envisager le règlement de ce litige par tous les modes de résolution amiable des conflits (y compris la médiation) ; toute partie n'engageant pas de tels modes, s'ils sont proposés par l'autre, doit fournir sous 21 jours à compter de la proposition une déclaration expliquant les raisons de son refus ; ce document ne doit pas être montré au juge avant que la question des coûts soit discutée. »

Malgré la directive, dans beaucoup d'affaires, il n'y a pas de réel engagement pour l'honorer. Cela peut être dû au fait que l'idée de médiation n'a pas vraiment retenu l'esprit des avocats concernés ou parce qu'il y a une véritable croyance que le conflit sera réglé de manière informelle. Dans ces situations, il y a en pratique peu de chance que le juge en charge de l'affaire à ce stade de la procédure engagera une discussion sur les bénéfices de la médiation. Dans un grand nombre de cas, les directives ayant été convenues seront approuvées par le tribunal sans autre considération.

Dans des cas plus complexes, ou dans ceux où il y a un désaccord sur les directives appropriées, il y aura un rendez-vous sur la mise en état de l'affaire. Lorsque cela se produit, la question de l'approche de la médiation

peut dépendre de la charge de travail de ceux qui sont impliqués et de la nature générale de ce travail.

De nombreux rendez-vous de mise en état sont réalisés par téléphone et feront partie d'un calendrier qui permet de fixer une date pour l'audience. Cela dépendra pour beaucoup du caractère du juge en charge de l'affaire, mais il est difficile de concevoir, à moins que le dossier ait montré un besoin particulier, qu'on passera beaucoup de temps sur la question de la médiation. En revanche, les litiges les plus complexes vont nécessiter plus de temps pour leur mise en état, et, en particulier au sein des juridictions spécialisées, les juges ou les *masters* gérant ces affaires demanderont dans quelle mesure la médiation a été envisagée et ce qu'il est proposé en ce qui la concerne dans un contexte où les parties doivent accepter la médiation ou donner une bonne raison de ne pas le faire. En l'absence de propositions constructives, la question peut être rappelée après un délai de réflexion accordé aux parties. Le calendrier de procédure est souvent conçu pour permettre une période de médiation. Une contrepartie est souvent donnée quant à la durée qui sera la plus adéquate à une médiation. Plus il y aura de retard dans la procédure de médiation, plus les parties auront d'information l'une sur l'autre, mais plus les frais engagés auront crû.

Ce que tout cela signifie est que, dans la grande majorité des cas de procédure accélérée ou de procédures multiples, c'est probablement aux parties de produire un réel élan vers la médiation malgré l'indication claire des tribunaux du besoin sérieux de le faire.

Les petites demandes portent sur des affaires d'une valeur d'environ 15 000 euros. Elles sont traitées de manière plus informelle que celles qui sont plus lourdes. Un aspect particulier de ce succès de la procédure est que les parties à ces affaires se voient offrir la possibilité de médier leur conflit par téléphone en utilisant l'un des 17 médiateurs désignés par le tribunal. Le taux d'acceptation de cette offre est très élevé. On alloue un appel d'une heure à ces médiations qui rencontrent un taux de réussite de 65 %. Le taux de satisfaction est de plus de 90 %.

Entreprises

C'est dans le contexte ci-dessus que les entreprises peuvent s'impliquer dans les tribunaux. Mais la première question est : Quelles entreprises ? Les lecteurs seront conscients de la gamme presque illimitée des entités en question, leur seul point commun étant qu'il s'agit d'entreprises. Bien qu'il soit tentant de les classer simplement par taille, ce n'est pas suffisant. On peut toutefois commencer par la situation de celles qui se trouvent en conflit.

Ainsi, une entreprise avec un important litige commercial ou de construction se trouvera généralement devant une juridiction spécialisée.

Elle disposera probablement d'un représentant légal expérimenté. S'il s'agit d'une banque, d'un assureur, d'un réassureur, ou d'une grande société dépositaire de comptes clients, elle aura une équipe juridique interne qui sera bien au courant de la médiation. Selon la nature de l'entreprise, elle est susceptible de détenir une philosophie propre à l'égard de la médiation. Par exemple, les assureurs utilisent de manière intensive la médiation sans qu'il soit besoin d'encouragement du tribunal. Ce qui n'est pas la même chose qu'escompter un tel encouragement. Un assureur ou un avocat peut trouver l'aide d'un juge très utile pour convaincre un client récalcitrant de recourir à la médiation sans que cela soit considéré comme un signe de faiblesse.

D'autres entreprises peuvent avoir développé des formes de résolution de conflit depuis des années qui sont moins centrées sur la médiation – comme des appels téléphoniques directs fondés sur une relation d'affaires de longue date. Mais, cela dit, il convient de se souvenir que ce qui est évoqué ici est le temps écoulé après le début de la procédure lorsque, par définition, il y a eu une grosse rupture dans les relations. Même ce type de plainte, comme les conflits dans les transports, peut complètement éviter la médiation et le système de procédure judiciaire, s'il est réglé par contact direct, du *Casus Belli* à l'arbitrage.

Il est également important de tenir compte de l'identité de la partie adverse au conflit. Les assureurs traitant avec les réassureurs et les banques traitant avec d'autres banques peuvent se sentir moins enclins à faire appel à la médiation pour résoudre leurs conflits que de traiter directement avec l'autre partie. En revanche, la médiation est susceptible d'être plus fréquente lorsque l'autre partie est un assuré ou le client d'une banque. Ceci est particulièrement pertinent s'agissant des petites créances lorsque les conflits impliquent souvent des particuliers traitant avec de grosses entreprises.

Les petites entreprises avec les plus petits conflits peuvent toujours faire l'objet de l'attention de tribunaux spécialisés et, si elles sont représentées, doivent être conscientes de la nature de la médiation et de la nécessité d'y penser. Ceci est particulièrement vrai lorsque des assureurs sont impliqués. Néanmoins, on sent qu'une plus grande proportion de ces affaires, soit arrive en procès, soit se règle sans qu'on recoure à la médiation ou qu'on ait apprécié le potentiel de la médiation.

Il y a aussi la question de savoir pourquoi les parties recourent à la médiation. Un nombre significatif de parties le font parce qu'elles sentent qu'en vertu du nouveau régime, elles le doivent. Bien qu'il existe des exceptions importantes, sauf si le litige est transfrontalier, les parties regarderont le processus de médiation comme confidentiel. Certaines parties utilisent la médiation comme le moyen d'acquérir une connaissance sur la position de l'autre partie ou pour d'autres raisons tactiques. D'autres

l'utilisent comme un long « cri de guerre » afin d'essayer d'intimider l'opposition.

Il est extrêmement difficile de se faire une idée de la proportion des affaires présentement envisagées où l'on décide d'aller en médiation après le début de la procédure. Les discussions avec les juges et les praticiens suggèrent un chiffre d'environ 50 % des cas défendus devant la Haute Cour, mais les chiffres donnés varient considérablement. Ce chiffre est nettement plus élevé sur les petites créances où une partie (généralement avec l'encouragement du tribunal) a exprimé un intérêt pour la médiation.

Peut-être une approche approximative peut-elle être proposée comme suit. Le récent audit CEDR 2014 donne un chiffre d'environ 9 500 médiations pour l'année précédente, à l'exclusion des médiations portant sur des petites plaintes, mais en incluant les médiations avant procès. Ce chiffre peut être comparé avec un chiffre approximatif de 30 000 procédures multiples défendues devant la « High Court » et la « County Court » (données correspondant cependant à des années antérieures). Dans quelle mesure cela reflète les entreprises, je ne puis le dire.

Ce que je crois qu'on peut dire avec certitude, c'est que les parties qui sont impliquées dans un conflit commercial et de construction sont de plus en plus conscientes que la médiation doit être sérieusement envisagée et que tout manquement à le faire, alors même que la médiation a été suggérée pour le résoudre et même si cela n'a pas été perçu ainsi, sera considéré comme un refus susceptible d'être pénalisé. Tout refus de recourir à la médiation doit être accompagné de raisons légitimes.

Réflexions finales

Il est peut-être important de retirer de tout cela la raison d'être de la médiation. Cela semble être une étrange question parce que la médiation est de toute évidence un moyen de résoudre les conflits sans procès. Mais une vaste majorité des conflits a été réglée sans jamais avoir approché un tribunal et environ 90 % des affaires ont été réglées avant tout procès. Alors peut-être devrait-on commencer par une définition.

Je pense que la médiation est une forme de maïeutique par laquelle le médiateur cherche à aider les parties à trouver leur propre solution. Si je ne me trompe, je me demande si l'enthousiasme des tribunaux quant à la médiation résulte réellement d'une élision de deux concepts. La première, et principale, motivation est de faire pression sur les parties dès que c'est raisonnablement possible, pour qu'elles se consacrent de bonne foi au règlement du conflit. La seconde est de traiter la médiation comme la seule façon dont cela peut être réalisé en pratique.

Si je ne m'abuse, les tribunaux ont probablement aussi raison de faire ce qu'ils font. En cette ère d'e-mails, il est bon de parler, et c'est ce que font les parties dans une médiation. Elles se parlent à propos de la mise en place de la médiation. Elles se parlent au cours de la médiation. Et ce que la médiation fait extrêmement bien est d'éviter un besoin catastrophique de solution en arrivant au tribunal. En dehors de la négociation directe, il existe aussi d'autres moyens d'y arriver, mais qui sont utilisés moins fréquemment.

Finalement, de tout ce qui précède, je conclurai qu'il faut être prudent dans l'usage de ce remuant. Une fois ses propriétés indiquées, chacun doit pouvoir ouvrir la bouteille pour en examiner le contenu, mais personne ne doit être forcé à le boire s'il a de bonnes raisons de ne pas le faire. Pour autant qu'un ensemble de parties si divers puisse avoir une attitude unique, je pense que c'est probablement aussi là le point de vue de l'entreprise.

Conciliation et médiation prud'homales en France

Par Jacques Duplat

Premier avocat général honoraire à la Cour de cassation,
Vice-président de GEMME-France

Instituée par la loi du 8 février 1995, la médiation judiciaire progresse peu à peu dans la conscience collective en France, où la situation de la société justifierait qu'il soit de plus en plus recouru aux modes amiables de solution des conflits.

En effet, la judiciarisation croissante des rapports sociaux fait que les juges ont de plus en plus de mal à répondre à la demande croissante de justice.

De tous côtés, le recours aux modes amiables de règlement des litiges est avancé comme une solution qu'il convient d'étendre.

L'Europe y incite fortement par la directive du 21 mai 2008.

Plusieurs rapports récents remis à madame la Garde des Sceaux (notamment rapport de l'IHEJ « La Prudence et l'Autorité – L'office du juge au XXI^e siècle », mai 2013 ; rapport Delmas-Goyon « Le juge au XXI^e siècle », décembre 2013 ; rapport Marshall « Les juridictions du XXI^e siècle », décembre 2013), ainsi qu'un rapport parlementaire (rapport Sénat Tasca et Mercier sur « La justice familiale », février 2014) vont dans le même sens.

Une enquête sur les opinions des Français sur la Justice conduite par le ministère pour le colloque à l'UNESCO du 10 janvier 2014 sur « La justice du XXI^e siècle » révèle que plus de 2 Français sur 3 estiment qu'il faut d'abord rechercher un compromis ou une solution négociée plutôt que d'aller directement devant le juge (66 % pour régler un désaccord entre un employeur et un salarié et 67 % pour régler les difficultés relatives à un divorce).

Ce constat ne doit pas étonner.

En effet, si la famille est le premier cercle d'engagement et d'épanouissement de la personne, la vie professionnelle est le deuxième cercle de vie où se créent des liens verticaux et horizontaux chargés d'affects, qui se construisent dans la durée, mais sont parfois source de tensions et lieux de conflits non toujours solubles par la seule application de la règle de droit.

L'objectif d'un recours accru à la conciliation et à la médiation pour résoudre ce type de conflits n'est pas seulement une question d'optimisation de moyens judiciaires limités, mais il est également la manifestation d'un progrès de la démocratie participative qui vise à responsabiliser davantage les citoyens dans la gestion de leurs différends par des solutions plus douces, fondées sur des accords plutôt que sur des décisions de justice imposées.

La spécificité de la médiation prud'homale, qui concerne les relations individuelles du travail, par rapport à la conciliation, justifie une approche particulière.

Si la conciliation reste le mode amiable de règlement des litiges privilégié devant les conseils de prud'hommes, la médiation occupe une place de plus en plus reconnue devant les chambres sociales des Cours d'appel.

I. La conciliation, mode privilégiée de règlement amiable des litiges devant les conseils de prud'hommes

Le conseil de prud'hommes est une juridiction originale au sein de l'organisation judiciaire en France et même en Europe, différente des juridictions civiles de droit commun composées de juges professionnels.

En effet, alors que dans de nombreux pays, le contentieux du travail relève du juge de droit commun (Espagne, Pays-Bas), d'un juge spécialisé (Italie) ou d'une juridiction mixte échevinée (Allemagne, Belgique, Royaume-Uni), le conseil de prud'hommes français est une juridiction élective, paritaire, à vocation conciliatoire et soumise à une procédure orale.

Composés de représentants des employeurs et des salariés élus pour 5 ans, les conseils de prud'hommes ont d'abord vocation, depuis leur institution au XIX^e siècle, à concilier les différends d'ordre professionnel et, en second lieu, à juger les différends à l'égard desquels la conciliation n'a pas abouti.

1° Une opposition de principe à la médiation en raison de l'existence de la conciliation

Très attachés à cette vocation première de juridiction conciliatoire des conseils de prud'hommes, les partenaires sociaux ont tenu à réaffirmer au colloque organisé par GEMME, à Aix-en-Provence, en juillet 2012, leur

opposition à l'introduction de la médiation dans la procédure prud'homale, ressentie comme une concurrence inutile et dangereuse de la conciliation.

Toutefois, les objections faites à l'introduction et au développement de la médiation devant les conseils de prud'hommes ne peuvent être considérées comme définitives.

+ S'agissant de l'atteinte au paritarisme, qui serait mise en échec par le recours à un médiateur unique dont on pourrait douter de l'impartialité et de la neutralité, nécessaires à la solution des litiges prud'homaux, cette approche porte atteinte à l'éthique même et à la déontologie de la médiation.

En outre, elle ne peut être accueillie sur le terrain du droit.

En effet, les dispositions de l'article 131 du CPC n'excluent aucun juge de la possibilité de désigner un médiateur avec l'accord des parties et le législateur a lui-même dérogé au principe du paritarisme en instituant un juge départiteur en cas de partage des voix et en prévoyant la possibilité de désigner un seul conseiller rapporteur pour améliorer la célérité de la procédure.

+ S'agissant de la spécificité de la procédure prud'homale devant le conseil de prud'hommes qui prévoit une tentative de conciliation préalable obligatoire, faut-il considérer que la procédure de conciliation est exclusive de tout autre mode de solution amiable du litige prud'homal ?

Rien ne permet d'affirmer que la médiation soit un « doublon », une « redondance » de la conciliation ou une « conciliation bis ».

Si, sur le plan procédural, le résultat de la conciliation et de la médiation est identique, à savoir la fin du procès à la suite d'un accord des parties, leur régime juridique et leur philosophie diffèrent sensiblement.

La conciliation est en effet opérée par le juge lui-même qui aide les parties à trouver un accord, tandis que la médiation proposée par le juge est confiée à un tiers à la procédure.

La médiation n'interfère pas dans le déroulement de la procédure puisque le juge, qui reste saisi du litige, ne lui délègue pas son pouvoir de juger.

C'est une simple parenthèse conventionnelle à l'intérieur du procès, couverte par la confidentialité, inscrite à l'intérieur d'un calendrier de procédure fixé par le juge et qui se déroule dans un espace temporel plus large que la conciliation.

Surtout, la conciliation vise seulement à la fin du litige, tandis que la médiation qui intègre toutes les composantes du conflit vise à la restauration de la relation entre les parties.

Plutôt qu'une séquence qui s'opposerait à la conciliation, perturberait ou retarderait le déroulement normal du cours de la justice, ne peut-on pas considérer la médiation comme un outil supplémentaire entre les mains du juge, complémentaire de la conciliation lorsque celle-ci ne peut aboutir ?

+ S'agissant enfin du coût de la médiation au regard de la gratuité de la conciliation, ce coût peut être considéré comme modique par rapport aux frais d'une procédure contentieuse engagée jusqu'à son terme procédural et ce, d'autant plus que le juge prescripteur a la faculté de moduler la répartition de la charge financière de la médiation selon l'accord des parties, donc de permettre une contribution moindre du salarié par rapport à l'employeur.

Ces objections répandues ont toutefois pour conséquence que les formations ordinaires des conseils de prud'hommes n'ont, sauf quelques exceptions, quasiment pas recours à la médiation.

Certains conseillers prud'hommes acceptent cependant de recourir à la « passerelle » du juge départiteur pour prescrire une médiation.

Des expériences ont été ou sont encore menées avec succès dans divers conseils de prud'hommes, notamment à Versailles, Nanterre, Bobigny, Boulogne, Tarascon grâce à des juges départiteurs convaincus de l'utilité de la médiation, qui se sont engagés dans une politique volontariste de proposition de la médiation dès l'enrôlement de l'affaire en départage ou après les plaidoiries.

2° À la recherche d'un compromis

À terme, la proximité des objectifs de la conciliation et de la médiation permet d'espérer une évolution des esprits et la reconnaissance par les partenaires sociaux de l'utilité de l'outil spécifique que peut être la médiation devant les conseils de prud'hommes.

Dans l'intervalle, les partenaires sociaux estiment que l'effort des pouvoirs publics doit porter prioritairement sur une amélioration du fonctionnement des bureaux de conciliation.

Ainsi, à la suite du colloque organisé par GEMME, à Aix-en-Provence, en juillet 2012, les partenaires sociaux ont accepté au début de 2013 de participer à un groupe de travail centré sur la conciliation.

Si le taux de conciliation est passé de 90 % en 1870 à 7 % en 2012, il est apparu que ce faible taux de conciliation était dû à de multiples facteurs :

- manque de temps consacré à chaque affaire par le bureau de conciliation (environ 20 affaires par audience),
- absence dans 90 % des cas de l'employeur représenté par son avocat,
- retenue des parties à s'exprimer librement devant le bureau de conciliation dont les membres sont appelés à juger l'affaire,
- absence de confidentialité des réunions,
- absence de formation des conseillers prud'hommes aux techniques de communication.

Diverses propositions ont émergé pour développer la conciliation devant le bureau de conciliation :

- séparation des bureaux de jugement et des bureaux de conciliation, les conseillers conciliateurs ne pouvant pas faire partie du bureau de jugement et réciproquement ; cette disposition permettrait d'assurer la confidentialité des propos échangés et de satisfaire aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme,
- multiplication des bureaux de conciliation : les rôles seraient moins chargés et les conseillers prud'hommes consacrerait plus de temps à chaque affaire,
- formation des conseillers prud'hommes aux techniques de communication dans le cadre d'une formation commune dispensée aux conseillers prud'hommes employeurs et salariés par l'ENM,
- fourniture des pièces essentielles justifiant la demande dès l'enrôlement de l'affaire,
- affranchissement des règles du contradictoire dans l'exercice de la mesure de conciliation.

Il appartient aux pouvoirs publics de se prononcer sur ces suggestions.

II. La médiation, mode reconnu de règlement amiable des litiges devant les Chambres sociales des Cours d'appel

Les chambres sociales des Cours d'appel, composées de juges professionnels peuvent, comme toutes les juridictions civiles, à la fois concilier, en application des dispositions de l'article 21 du CPC et recourir à la médiation, en application des dispositions des articles 131 et suivants du CPC, mais ne sont pas soumises à la contrainte procédurale de la tentative de conciliation préalable obligatoire imposée aux conseils de prud'hommes.

Aussi, elles ont pu développer plus rapidement des expériences positives de mise en œuvre de la médiation en raison des avantages que ce mode de solution des litiges présente.

1° L'intérêt de la médiation en appel

Les Cours d'appel intervenant à un stade plus avancé du procès, on peut se poser la question de l'opportunité d'une mesure de médiation, alors que le conflit s'est judiciairement cristallisé et que les parties se sont souvent figées dans une posture plus dure.

Cette objection doit être relativisée.

En effet, d'une part, sur le plan du droit, l'article 131 du CPC ne pose aucune limite temporelle à la mise en œuvre d'une mesure de médiation judiciaire.

D'autre part, et surtout, le temps des parties n'est pas identique pour tous : l'intervention d'une première décision de justice et l'écoulement du

temps peuvent au contraire favoriser une retombée des passions et faire prendre conscience aux parties de l'intérêt d'une médiation pour mettre fin à la procédure d'une manière apaisée et éviter ainsi l'aléa d'une deuxième décision de justice.

S'agissant de la matière prud'homale, des arguments spécifiques s'ajoutent à ces arguments de portée générale :

- le faible taux de conciliation devant les conseils de prud'hommes (7 % en 2012) laisse un champ important à la médiation même en appel,
- la nature du contentieux prud'homal se prête particulièrement à la médiation, surtout lorsque les relations interpersonnelles entre l'employeur et le salarié sont appelées à se poursuivre ou lorsque les liens entre les parties sont anciens et/ou ont été affectivement forts,
- le taux d'appel très élevé contre les décisions des conseils de prud'hommes (62 % contre 15 % en matière civile) révèle une insatisfaction très grande par rapport aux solutions judiciaires classiques.

Si les diverses expériences conduites devant les Cours d'appel n'ont pas encore abouti à un système d'organisation pérenne et uniforme, elles permettent de constater des résultats encourageants dès lors qu'une impulsion forte est donnée par les magistrats eux-mêmes avec le concours de tous les acteurs (médiateurs, avocats, greffiers).

2° Les diverses expériences

A / L'expérience de la Cour d'appel de Grenoble et des autres Cours d'appel de province

L'expérience la plus concluante a été mise en œuvre de 1996 à 2003 à la Cour d'appel de Grenoble par Madame la Présidente Béatrice Brenneur qui s'est fortement impliquée en organisant, dès l'enrôlement de l'appel, après un tri des affaires, des audiences spéciales de proposition de médiation comprenant 40 affaires au début desquelles elle présentait elle-même la médiation.

Puis, après l'appel de chaque affaire, immédiatement ou après un complément d'information donné par un médiateur présent à l'audience, les parties donnaient une réponse à la proposition de médiation qui fut favorable dans 50 % des cas.

Ainsi, au cours de cette période, 1 000 médiations ont été ordonnées avec un taux de succès de 80 % ayant permis de régler 8 % du contentieux.

Diverses expériences ont été conduites dans d'autres Cours d'appel, notamment à Douai, Lyon ou Toulouse, mais souvent ces expériences ont été de courte durée car reposant sur une seule personne, le dispositif s'écroulant lorsque le magistrat a été appelé à d'autres fonctions.

B / L'expérience devant les chambres sociales de la Cour d'appel de Paris

La Cour d'appel de Paris a initié dans les années 2000 une expérience de recours à la médiation d'abord fondée sur la demande des parties, puis sur une information systématique à l'audience.

Devant l'insuccès de ces méthodes, il a été décidé de recourir, en 2010, dans 9 Chambres sociales, à des permanences d'information par des médiateurs présents aux audiences de plaidoiries.

En 2010, 337 informations ont été ainsi délivrées et ont donné lieu à 223 ordonnances de désignation d'un médiateur.

Sur les 192 médiations terminées en 2010, 102 ont abouti à un accord (53 %), et 90 n'ont pas abouti à un accord (47 %).

Depuis avril 2011, l'information a été renforcée par le système de la double convocation adressée aux parties pour les affaires spécialement triées au moment de l'enrôlement.

Par l'envoi de cette double convocation, les parties sont invitées à se présenter, d'une part, à l'audience de plaidoiries actuellement fixée à plus de deux ans et, d'autre part, dans un délai d'un mois environ à une permanence d'information sur la médiation tenue par un médiateur, hors de la présence d'un magistrat.

À l'issue de cette information ou après un délai de réflexion de 8 jours, les parties présentes acceptent ou non d'entrer dans un processus de médiation.

Les parties qui ne souhaitent pas s'engager dans une médiation ont déjà une date d'audience de plaidoiries et la procédure suit alors son cours normal.

Les parties qui souhaitent s'engager dans un processus de médiation donnent leur accord par écrit et le président de la chambre saisie rend alors une ordonnance désignant le médiateur et fixant une date d'audience pour le suivi de l'affaire à un délai de 4 mois environ.

À cette audience, il est constaté :

- soit que les parties ont abouti à un accord : les parties se désistent alors de leur instance et de leur action et demandent, si elles le souhaitent, l'homologation de leur accord,
- soit que les parties n'ont pas abouti à un accord et l'affaire suit alors son cours normal : la chambre rend son arrêt si la médiation a été ordonnée lors d'une audience de plaidoiries ou l'affaire suit son cours jusqu'à l'audience de plaidoiries initialement fixée, si la médiation a été ordonnée à la suite d'une permanence de double convocation.

En 2013, 32 médiateurs appartenant à 5 associations ont donné des informations au cours de 614 audiences de plaidoiries et 136 permanences de

double convocation, soit un total de 495 informations conclues par 223 ordonnances de désignation d'un médiateur.

Sur les 175 affaires terminées en 2013, 125 ont abouti à un accord (72 %) et 50 n'ont pas abouti à un accord (28 %).

Certes, ce n'est pas un résultat spectaculaire au regard de l'énergie déployée par les magistrats, les médiateurs et les greffiers.

Ils sont toutefois encourageants et démontrent, quand on regarde les résultats chambre par chambre, que les résultats les meilleurs sont obtenus dans les chambres où les magistrats sont le plus impliqués dans la proposition de médiation.

C / L'expérience de la Cour d'appel de Versailles

La Cour d'appel de Versailles a évolué dans son approche de l'information sur la médiation.

Après avoir commencé, en 2010, par l'envoi dans tous les dossiers d'une simple notice d'information sur la médiation aux parties et aux avocats, les chambres sociales ont appliqué, en 2011, le système parisien d'information sur la médiation aux audiences de plaidoiries et institué la double convocation.

Puis, en 2012, les affaires sélectionnées pour une double convocation ont été ajoutées chaque quinzaine au rôle ordinaire pour une présentation générale de la médiation par le président, les parties et leurs conseils étant invités à rencontrer le médiateur de permanence présent à l'audience pour une information plus complète, avant de faire connaître leur choix d'entrer ou non en médiation.

En 2014, il a été décidé de conserver le système mixte dans 2 chambres sur 4, les autres ne gardant que la présence d'un médiateur aux audiences de plaidoiries.

Enfin, il est envisagé de reprendre l'envoi d'une notice d'information dans tous les dossiers.

En conclusion, si encourageants que soient ces résultats, ils restent trop parcellaires et justifient que soit engagée par les pouvoirs publics une politique vigoureuse de dynamisation des modes amiables de règlement des litiges en général, et de la médiation en particulier.

Dans cette perspective, il me semble que divers leviers d'action pourraient être utilisés.

- FAVORISER LE RECOURS À LA MÉDIATION EN AMONT DE LA SAISINE DU JUGE

Dès lors que l'objectif aujourd'hui reconnu et communément avancé est de rendre le citoyen davantage acteur de son litige, les modes amiables de solution des conflits doivent être envisagés non plus seulement comme des

modes « alternatifs » mais comme des modes « premiers » de règlement des litiges.

Ainsi, avant de saisir le juge prud'homal, il serait souhaitable de développer, au sein de l'entreprise, par la voie conventionnelle, le recours à la médiation pour gérer les conflits générés par les relations de travail et permettre la négociation de transactions sécurisées.

- FAVORISER LA PROPOSITION DE MÉDIATION PAR LE JUGE SAISI DANS LE CADRE D'AUDIENCES DE MISE EN ÉTAT

Les propositions de médiation par le juge lui-même se révélant être les plus efficaces, le magistrat chargé d'instruire l'affaire, dans le cadre de la mise en état volontaire prévue pour la procédure orale par le décret du 1^{er} octobre 2010, a la possibilité de proposer la médiation aux parties à l'audience de mise en état.

Une expérience vient d'être lancée en ce sens dans une chambre sociale de la Cour d'appel de Paris.

Cette intervention du juge, au début de la procédure d'appel, bien en amont de l'audience de plaidoiries fixée à une date lointaine, est de nature à permettre une solution plus rapide du litige.

À terme, si la mise en état était généralisée, le système de la double convocation pourrait être supprimé, dès lors que l'audience de mise en état se tiendrait à une date proche de l'enrôlement.

Un système équivalent pourrait être étudié dans le cadre de la procédure devant le conseil de prud'hommes.

- MOBILISATION DE L'ENSEMBLE DE LA CHAÎNE JUDICIAIRE

Sous la houlette du conseiller coordonnateur institué dans les Cours d'appel par le décret du 1^{er} octobre 2010 chargé de suivre l'activité des conciliateurs et des médiateurs et de suivre leur action, des réunions pourraient être organisées pour créer une synergie entre les prescripteurs auxquels pourraient être associés les associations de médiateurs et les barreaux.

Au cours de ces réunions, les problématiques de la médiation prud'homale pourraient être analysées et partagées, les bonnes pratiques diffusées, les modèles d'imprimés validés, le suivi statistique organisé et commenté...

- SENSIBILISATION ET FORMATION DE TOUS LES ACTEURS

Les actions de sensibilisation et de formation de tous les acteurs doivent être intensifiées :

- à l'ENM, en formation initiale, en direction des futurs magistrats prescripteurs et en formation continue en direction des magistrats prescripteurs

- dans les EFB en direction des avocats, à la fois dans leur rôle de conseil par rapport au choix du processus et pour l’accompagnement à la médiation.
- dans les centres de formation des conseillers prud’hommes afin de les sensibiliser à la complémentarité de la médiation et de la conciliation, la formation commune aux techniques de communication étant assurée par l’ENM.
- À l’ENG, pour initier et former les fonctionnaires de greffe au traitement de ce mode de solution des litiges.

Le dialogue entre les pouvoirs publics et les associations de médiateurs doit enfin être poursuivi et approfondi afin de parvenir à une reconnaissance officielle de la formation des médiateurs autres que les médiateurs familiaux.

• DÉVELOPPEMENT DE L’INFORMATION

Comme les autres formes de médiation, la médiation prud’homale est mal connue du public.

Il importe de diversifier et d’élargir l’information en direction tant du grand public que des justiciables engagés dans une procédure prud’homale.

Pour la première cible, le site Internet du ministère de la Justice peut être utilisé ainsi que les sites locaux des services publics, des associations, des mairies ou des juridictions.

Pour la deuxième cible, outre l’envoi de notices d’information jointes aux convocations, le concours des greffiers d’accueil pourrait être sollicité et de nouvelles permanences de médiateurs aux audiences créées.

• INCITATIONS FINANCIÈRES

À l’instar de nombreux autres pays, notamment l’Italie, la Bulgarie et la Roumanie, des incitations financières pourraient être utilisées en faveur des parties qui ont recours à la médiation.

Ainsi, pourraient être envisagé le remboursement de l’intégralité ou d’une partie des frais de justice ou bien de subordonner l’allocation d’une indemnité au titre de l’article 700 du CPC à l’obligation de s’informer sur la médiation.

La médiation pour une justice socialement responsable – L'exemple des litiges de propriété intellectuelle

Par Michèle Weil-Guthmann
Secrétaire général du GEMME,
Magistrat honoraire, médiateur

L'accès aux tribunaux est un droit fondamental. Mais il devient impératif pour les entreprises, notamment dans le domaine de la propriété intellectuelle, de maîtriser la gestion de leurs conflits. Les entreprises ont normalement intérêt à une solution amiable parce qu'elle est un instrument de maîtrise du processus de règlement, un instrument stratégique par le contrôle de ses solutions, et un élément de réponse à la dimension internationale de nombreux conflits. Il s'agit aussi de respecter l'institution judiciaire par un recours à la justice socialement responsable, car équilibré au regard du coût de fonctionnement de la justice et du coût économique et social que des solutions individualistes peuvent engendrer pour la collectivité. La justice amiable doit trouver sa place dans la justice de demain. Nos institutions judiciaires doivent s'adapter pour survivre et répondre effectivement au besoin de Justice.

L'accès à la justice est un droit fondamental, consacré par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : ainsi toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial. La médiation, en tant que mode alternatif de règlement des différends, trouve dans les discours de plus en plus sa place au côté de l'institution judiciaire, voire arbitrale.

Ainsi en France, le groupe de travail relatif au juge du XXI^e siècle, présidé par Pierre Delmas-Goyon, et qui a rendu son rapport à Madame la ministre de la Justice le 19 décembre 2013, préconise de rendre les citoyens

davantage acteurs de leurs litiges et propose le développement de procédures amiables des litiges, comme la médiation.

De même, l'enquête réalisée en France en 2009 et actualisée en 2013 par le cabinet d'avocats d'affaires FIDAL, en collaboration avec l'American Arbitration Association (AAA), souligne que certaines entreprises considèrent comme « un enjeu stratégique majeur de maîtriser la gestion de leurs litiges pour diminuer leur impact sur leur image de marque, leur politique sociétale et leur résultat financier » et, partant, trouveraient intérêt à la gestion amiable des litiges.

La médiation n'est donc plus perçue comme un mode de règlement des litiges qui devrait être réservé aux petits litiges ou aux conflits familiaux, ni essentiellement pour désengorger les tribunaux.

Lorsqu'il s'agit de régler leurs litiges, les acteurs économiques devraient en théorie aspirer à gérer leurs litiges comme ils gèrent le cœur de leur activité, c'est-à-dire de façon rationnelle, efficace, stratégique et maîtrisée, en tenant compte de l'ensemble des paramètres contextuels, qu'ils soient économiques, techniques, politiques ou sociaux.

Dans le domaine des affaires, notamment en matière de propriété intellectuelle, la médiation apparaît comme un mode de règlement des litiges bien adapté, parce que pour les entreprises, elle est un instrument de maîtrise du processus de règlement du litige, un instrument stratégique par le contrôle de ses solutions, et un élément de réponse à la dimension internationale de nombreux conflits. Mais qu'en est-il de son développement ? Le concept du besoin d'une justice socialement responsable va-t-il émerger ?

1. La médiation, instrument de maîtrise du processus de règlement du litige

1.1. La maîtrise du déroulement du processus

Les parties aux conflits de propriété intellectuelle souhaitent, comme tout justiciable, une justice prévisible, facilement accessible, rapide et d'un coût raisonnable, en termes de coûts internes comme externes.

Or, l'une des difficultés dont font état les entreprises ou leurs avocats en matière de règlement des litiges de propriété intellectuelle porte sur la durée de la résolution judiciaire des dossiers. En matière de brevets, certains parlent d'un minimum de 18 mois pour obtenir une décision en première instance, et de deux ans de plus en cas de recours¹⁹³.

¹⁹³ Voir : *la Tribune* du 21/6/2010 : discours de Jean Castelain, bâtonnier de Paris.

Les entreprises déplorent aussi le coût des procédures judiciaires. Selon un rapport de février 2006, « Évaluation de l'impact sur le contentieux du brevet européen de l'Accord sur le règlement des litiges en matière de brevets européens (European Patent Litigation Agreement – EPLA) », le coût pour une affaire de brevet d'importance réduite à moyenne, présentée devant un tribunal français, dans laquelle la somme en jeu serait de 200 000 à un million d'euros, est évalué à un montant compris entre 50 000 et 200 000 € en première instance et entre 40 000 et 150 000 € en seconde instance. À cela s'ajoute le coût de gestion interne du procès.

En France, si la justice est gratuite et les frais d'avocats ou d'expertise moins élevés que dans autres pays européens ou aux États-Unis, il n'en reste pas moins qu'ils sont perçus comme très lourds par les entreprises qui, une fois une procédure entamée, n'en ont plus que très peu la maîtrise.

En médiation, les parties sont responsables du calendrier et peuvent économiser un certain nombre d'écritures et expertises qu'exigerait la procédure contentieuse ; aucun frais ou retard dans la gestion de la procédure ne peut leur être imposé ; il y a là une chance de règlement du différend de façon beaucoup plus rapide et économique.

1.2. La responsabilisation des acteurs au conflit

Dans le procès traditionnel, les acteurs des conflits sont symboliquement dépossédés du litige en raison de divers facteurs, en particulier la limitation de leur droit à la parole du fait de la surcharge de l'institution judiciaire ou de la représentation obligatoire dans beaucoup de procédures.

La procédure, qui transforme en concepts juridiques les problèmes que l'on veut soumettre au juge, déforme ou fixe le litige et, partant, induit une escalade des arguments et prolonge les querelles.

Lorsque les enjeux ne sont pas nécessairement principalement juridiques, comme en matière de propriété intellectuelle, il n'est pas nécessaire que les parties s'en remettent *a priori* systématiquement à une justice imposée, dans le cadre d'une procédure dont elles sont exclues, et au profit exclusivement de professionnels du droit ou d'experts.

En médiation, le processus qui passe par un dialogue direct entre les parties rend leurs préoccupations plus transparentes, ce qui limite le risque de défiance, alors que la combativité exagérée des conseils pour servir leurs clients peut au contraire être contre-productive.

Comme il ne s'agit pas de convaincre un juge, le débat technique éventuellement nécessaire peut s'instaurer entre les parties, elles-mêmes expertes, sans qu'il soit toujours nécessaire de faire appel à un tiers chargé de donner un avis sur la pertinence des arguments techniques avancés. Si

l'avis d'un tiers est incontournable, les parties peuvent s'engager à respecter l'opinion qui leur sera donnée et éviter les batailles d'experts.

Que l'avocat et la partie soient devenus partenaires et complémentaires offre une démarche plus dynamique et constructive, plus propice à une solution réaliste et durable.

1.3. Le traitement confidentiel du différend :

La protection des secrets d'affaires est aussi un enjeu pour les entreprises quand il s'agit de gérer des conflits.

Diverses études démontrent que les entreprises gèrent leurs actifs de propriété intellectuelle non plus seulement de manière défensive afin de protéger des concurrents leurs investissements, mais aussi – et de plus en plus – comme un outil de valorisation financière, c'est-à-dire comme une source de revenus, ou un moyen d'afficher la valeur de leurs actifs immatériels dans leurs bilans et, surtout dans le cas des jeunes entreprises innovantes, pour obtenir certains financements. En moyenne, les actifs immatériels représenteraient une part croissante de la justification de la capitalisation boursière des grandes entreprises cotées, voire sa plus grande part dans le cas d'entreprises de haute technologie telles que Microsoft, Amazon, etc.¹⁹⁴

Dans ce cadre, la prise de conscience du risque de fragiliser une invention vis-à-vis de tiers par la révélation de l'existence du litige et de détails concernant ses marchés, ses besoins financiers, ses faiblesses, devrait conduire les entreprises à préférer un processus qui ne rend pas publics leurs différends.

De même, les conséquences négatives sur l'image et la notoriété des entreprises, des conflits qu'elles peuvent avoir, peuvent militer pour l'utilisation des modes amiables de résolution des litiges. Ainsi, lors d'un conflit en contrefaçon de marque, si le procès risque de révéler au public qu'un grand nombre de produits contrefaits ont été en circulation, les entreprises peuvent trouver intérêt à un accord confidentiel plutôt que de risquer de détériorer leur marché.

Enfin, parce que pour se défendre, les parties doivent rendre publics leurs comptes (capacités de production, d'approvisionnement, marges, budget de recherche et développement...) et ainsi dévoiler leurs stratégies commerciales, et ce, malgré les dispositifs utilisés (remise des documents

¹⁹⁴ Voir : Centre d'analyse stratégique – note de veille octobre 2008 n° 111 : évaluation et valorisation financière de la propriété intellectuelle : nouveaux enjeux, nouveaux mécanismes (Créé par décret du 22 avril 2013, le Commissariat général à la stratégie et à la prospective s'est substitué au Centre d'analyse stratégique).

confidentiels entre les mains exclusives des avocats et des experts – et non des parties) et les efforts des tribunaux pour limiter au mieux les atteintes au secret des affaires, la médiation peut être perçue comme plus sûre pour la préservation du secret des affaires.

La médiation, en tant qu'espace de confidentialité sécurisé, peut donc paraître dans certaines circonstances plus adaptée que l'enceinte des tribunaux, en particulier dans le domaine de la propriété intellectuelle.

2. La médiation, instrument de maîtrise des solutions

2.1. La médiation face au risque judiciaire

Selon l'étude du cabinet Mazars (France), « Mieux maîtriser les risques juridiques, 2011 », les risques juridiques arrivent aujourd'hui en tête des préoccupations des managers dans un environnement porteur de menaces externes plus complexes.

La médiation serait-elle alors une réponse au risque judiciaire ?

En matière de propriété intellectuelle, beaucoup de litiges portent sur la validité, l'interprétation, l'exécution ou l'inexécution, l'interruption ou la résiliation d'un contrat.

À titre d'exemple, en matière de brevets, le conflit peut surgir de la relation employeur – inventeur salarié, ou sur la titularité des droits dans le cadre d'un contrat de recherche, ou bien encore à propos d'un contrat de transfert de titres de propriété industrielle dans le cadre d'un rachat d'entreprise. Dans le domaine des marques, il peut y avoir désaccord sur un contrat de licence, sur l'étendue des droits conférés, la territorialité de ces droits ou les modalités de paiement des redevances, l'existence d'une contrefaçon... Dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins, le conflit peut surgir entre les différents acteurs d'une production cinématographique : producteur, auteur et artistes-interprètes, ou bien encore auteur, dessinateur et éditeur ; organe de presse et photographe sur l'exercice du droit moral...

Ce sont de nombreux domaines où la marge d'interprétation du juge peut être large et source d'aléa.

Les titulaires de droits de propriété intellectuelle sont aussi confrontés aux difficultés liées aux possibles demandes reconventionnelles en nullité du titre de la propriété intellectuelle dont la violation est invoquée. Lorsqu'en Europe et partout dans le monde, un certain nombre de signes apparaissent d'une perte de qualité des brevets, les risques de l'annulation d'un brevet sont très sérieux.

Un autre exemple, concernant le risque judiciaire auquel font face les titulaires de droits, concerne l'établissement du préjudice : en France, « pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les

conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte. Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. » En même temps, le juge doit réparer tout le préjudice, mais rien que le préjudice. Or, le préjudice est quelquefois difficile à justifier, et l'indemnisation n'est pas nécessairement égale ou supérieure au profit réalisé par le contrevenant. À l'issue du débat judiciaire, les entreprises se plaignent souvent du caractère limité de leur indemnisation, alors que les juges estiment que les justifications produites étaient insuffisantes.

Le processus de médiation, en permettant l'échange d'information et une meilleure écoute de la position de l'autre, et donc une meilleure éducation des parties et de leurs conseils sur le mérite de la position de l'autre, peut permettre une évaluation plus objective du dossier par les parties et à une meilleure appréciation des enjeux du litige. La meilleure compréhension du risque judiciaire conduit à moins d'intransigeance.

Le processus de médiation, en permettant l'échange d'information et une meilleure écoute de la position de l'autre, et donc une meilleure éducation des parties et de leurs conseils sur le mérite de celle-ci, peut permettre une évaluation plus objective du dossier par les parties et à une meilleure appréciation des enjeux du litige. La meilleure compréhension du risque judiciaire conduit à moins d'intransigeance.

La médiation, instrument de pacification qui privilégie une solution contrôlée à la décision tranchante d'un tribunal ou d'un arbitrage, devrait être préférée.

2.2. Les paramètres des solutions de médiation

En médiation, l'idée développée est qu'une fois que les parties admettent que la négociation ne doit pas conduire nécessairement à gagner ou perdre, ou à partager dans les meilleures conditions possible une valeur, mais plutôt à créer de la valeur, en se servant des différences de valeurs et de priorités des personnes en présence pour créer de la synergie, alors une solution originale globalement meilleure pour l'ensemble des personnes impliquées peut émerger¹⁹⁵.

¹⁹⁵ *Challenging Conflict : Mediation through Understanding* – Gary Friedman, Jack Himmelstein – *American Bar association publication* et *Beyond Winning : Negotiations to Create Value in Deals and Disputes*, Robert H. Mnookin, Scott R. Peppet, Andrew S.

Dans ce processus, les parties, qui ont identifié leurs intérêts et priorités réciproques, sont bien placées pour imaginer les solutions possibles, en élargissant les options à mettre dans la balance, en intégrant, par exemple, des éléments extérieurs au litige, comme des dimensions méconnues ou mal prises en compte par la loi, tels l'équité, leur situation économique, ou l'intérêt de tiers ; ainsi la médiation peut-elle aider à l'identification d'une solution équitable et acceptable d'un point de vue économique, au-delà du droit.

À titre d'exemple, en droit face à une action en validité d'un titre de propriété intellectuelle, le juge n'a essentiellement que deux alternatives : l'acceptation ou le rejet de la demande. Et l'annulation peut entraîner des conséquences, tant dans les relations des parties au litige que dans ses relations avec des tiers. Elle peut ainsi avoir des effets non seulement à l'égard du défendeur du litige mais à l'égard de tiers, titulaires de licences, avec toutes sortes de conséquences juridiques et financières.

Pour préserver son titre de propriété intellectuelle, face au risque potentiel d'annulation à l'issue d'une longue procédure qui peut entraver son activité, le titulaire du droit peut envisager d'établir une relation contractuelle avec la personne en conflit ou, si elle existe déjà, considérer l'éventualité d'une renégociation de celle-ci dans l'intérêt des deux parties. Il peut s'agir pour les parties de conclure des contrats de licence réciproques, de se céder certains actifs de propriété intellectuelle, d'envisager la création de co-entreprises, ou de remettre sur la table un contrat existant.

Autre exemple : l'existence d'une situation de contrefaçon peut être l'occasion de négocier un nouveau contrat dont les redevances seraient plus élevées avec la cession de droits supplémentaires, par exemple, s'il s'agit de la diffusion d'une œuvre sur un nouveau support, non prévue à l'accord initial.

Ou encore, en présence du défaut de respect d'une obligation d'exploiter une marque liée à une clause d'exclusivité, on peut imaginer un accord mettant fin à la licence exclusive pour permettre au titulaire de la marque de se préserver du risque de déchéance de la marque.

Enfin, lorsqu'un contrefacteur réalise des copies serviles d'un modèle, le titulaire du droit pourrait dans certains cas exceptionnels préférer à une indemnisation qu'il anticipe insuffisante la négociation d'un contrat qui lui permettrait d'utiliser la capacité de production de biens non-contrefaits par l'ancien contrefacteur.

Si l'indemnisation est la solution recherchée, là aussi la médiation peut apparaître comme une option à considérer. En médiation, les parties peuvent non seulement s'accorder sur la règle de calcul qui leur paraît la plus

appropriée, en fonction des preuves disponibles et de leur connaissance du dossier, mais aussi et surtout s'accorder d'une façon pragmatique sur le montant de l'indemnisation, pour pallier la pauvreté des éléments de preuve ou de façon à éviter de produire de part et d'autre de nombreuses pièces comptables qu'elles préfèrent garder confidentielles.

Bien sûr, la solution de médiation doit cependant respecter le droit. Comme le relève le professeur Guillaume-Hofnung, en médiation les parties ne peuvent pas disposer de droits indisponibles. Et si la médiation est l'indice d'un changement d'attitude à l'égard de l'État¹⁹⁶, la médiation ne peut pas remettre en cause le droit ou les prérogatives de l'État.

De nombreux juristes se sont penchés sur la question de l'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle. La question de la médiatibilité des droits de propriété intellectuelle se pose sensiblement de la même façon.

Les litiges portant sur les contrats relatifs à l'exploitation de brevets, de marques ou de droit d'auteur, peuvent être traités en médiation, de même que ceux concernant la paternité d'une invention ou la titularité d'une œuvre. Mais si les parties souhaitent se déterminer sur la validité d'un brevet, cela n'a pas d'effet à l'égard des tiers, et ne peut que conduire à l'inopposabilité du brevet en question entre les participants à la médiation.

Les règles d'ordre public devront être respectées s'il s'agit, par exemple, d'un litige ayant trait à une invention ou une création dans le cadre d'un contrat de travail ; ou plus généralement en matière de propriété littéraire et artistique, si la solution de médiation touche au droit moral, droit indisponible.

La meilleure solution pour régler un conflit de propriété intellectuelle n'est donc pas exclusivement juridique. Ces litiges ne peuvent pas être isolés de la stratégie commerciale des entreprises en cause. La gestion rapide du conflit peut être la condition de survie de l'entreprise. Des décisions commerciales très importantes concernant les investissements, la production et la commercialisation de produits, comme la valorisation des entreprises, qui tiennent compte de la valeur des actifs de propriété intellectuelle de l'entreprise peuvent être suspendues au règlement d'un conflit. La politique commerciale et d'investissement d'une entreprise peut se trouver paralysée ou en tout cas fortement perturbée par un litige en cours.

À moins que la stratégie commerciale privilégie la bataille judiciaire, les entreprises en présence ont normalement intérêt à une solution amiable pour éviter les conséquences et incertitudes liées à la perpétuation des atteintes alléguées, et plus généralement préserver l'environnement social et économique.

¹⁹⁶ Michèle Guillaume-Hofnung, « *La médiation* », *Que sais-je ?*, 2005, p. 100 et 101.

3. La médiation, élément de réponse face à la dimension internationale de nombreux conflits de propriété intellectuelle

3.1. La problématique dans les conflits transfrontières

La mondialisation du commerce, la globalisation de l'industrie culturelle, l'utilisation de l'Internet font que les litiges de propriété intellectuelle ont très souvent une dimension internationale. Les milieux intéressés de la propriété intellectuelle ont souvent exprimé la frustration du monde des affaires devant la complexité et le coût des litiges, lorsqu'ils sont menés dans des systèmes juridiques différents.

Au niveau européen, la défense de ses droits de propriété intellectuelle en Europe peut être un véritable parcours du combattant. Ainsi, comme le décrivait l'organisation européenne des brevets (OEB) pour le domaine des brevets dans le rapport précité de février 2006, « si un litige a trait à un brevet européen, une fois délivré par l'office européen des brevets, le brevet européen est traité comme un brevet national dans chacun des États désignés par son titulaire. Ce sont donc les tribunaux nationaux des États membres de l'OEB qui sont compétents pour statuer sur la validité ou la contrefaçon de brevets européens sur leur territoire. Ce système purement national de règlement des litiges en matière de brevets européens rend inévitables les litiges multiples : par exemple, pour faire respecter un brevet européen qui a été délivré pour plusieurs États, le titulaire du brevet doit entamer plusieurs actions en contrefaçon parallèles (sur la base du même brevet européen et contre le même contrefacteur présumé) auprès des tribunaux nationaux des États où les actes de contrefaçon ont eu lieu. Les parties doivent non seulement faire appel à des avocats locaux et à des experts, mais aussi payer des frais judiciaires dans tous les États où la procédure a été entamée. "Pour de nombreuses PME, il est tout simplement impossible, sur le plan financier, de porter en justice une affaire en parallèle devant plusieurs tribunaux nationaux" »¹⁹⁷.

C'est pour remédier à l'insécurité juridique et aux coûts élevés qu'entraîne la multiplication des procédures, que les pays européens ont décidé en février 2013 de la création d'une juridiction du brevet spécialisée (« la juridiction unifiée en matière de brevets »), ayant compétence exclusive pour régler les litiges liés aux brevets européens et aux brevets européens à effet unitaire (« brevets unitaires »). Cette juridiction, qui prendra des

¹⁹⁷ Estimation des coûts afférents au règlement des litiges en matière de brevets européens devant les tribunaux nationaux – annexe 1 : évaluation de l'impact sur le contentieux du brevet européen de l'accord sur le règlement des litiges en matière de brevets européens (European Patent Litigation Agreement – Epla) – office européen des brevets, agissant en qualité de secrétariat du groupe de travail « contentieux » – février 2006 – <http://documents.epo.org>

décisions ayant effet sur le territoire de tous les États membres européens, comprendra un centre de médiation.

Au niveau mondial, les difficultés sont encore plus grandes puisque l'on n'a pas assisté à ce jour, de la même façon, à une uniformisation du droit, comme cela existe dans le contexte européen.

La conférence de La Haye s'est préoccupée sans succès pendant de longues années de la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements dans le domaine de la propriété intellectuelle. En 2001, un traité particulier dans le cadre de l'OMPI a été proposé sur ce sujet¹⁹⁸. La même année, l'American Law Institute a étudié les moyens de régir l'ensemble des questions relatives aux conflits de compétence, aux conflits de lois et à la reconnaissance des jugements étrangers dans le domaine de la propriété intellectuelle. Ce processus continue avec, entre autres, la réflexion commune des Instituts Max Planck de Munich pour la propriété intellectuelle et de l'Institut de Hambourg pour le droit international privé, mais le problème est loin d'être réglé.⁵¹⁹⁹

Ces difficultés ont conduit certains à recommander de se tourner vers l'arbitrage.⁶²⁰⁰ L'Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle (AIPPI) a eu l'occasion de s'exprimer sur ce sujet, estimant que l'arbitrage peut être utilisé pour régler des questions sur le même sujet ou des sujets semblables mais survenant dans des pays différents.

Cependant, certains ont dénoncé les risques de « judiciarisation » de l'arbitrage avec une multiplication d'incidents judiciaires susceptibles de porter atteinte à la valeur pratique de la procédure et de la sentence. On a parlé des dérives procédurales de l'arbitrage.⁷²⁰¹

3.2. La médiation est-elle alors une option si le litige s'y prête ?

L'avantage principal de la médiation est ici de nouveau la limitation du coût, la simplicité et la flexibilité du processus. À défaut de choix contractuel de la loi applicable, les parties en médiation peuvent fixer une loi

¹⁹⁸ Voir : *Draft Convention on jurisdiction and recognition of judgments in intellectual property matters*, by Professor Rochelle C. Dreyfuss, and Professor Jane C. Ginsburg. *WIPO Forum on Private International Law and Intellectual Property*. 30-31 Janvier 2001, Voir : www.Wipo.Int

¹⁹⁹ Droit international privé et propriété intellectuelle, un nouveau cadre pour de nouvelles stratégies, Cyril Nourissat et Édouard Treppoz, coll. Lamy Axe Droit.

²⁰⁰ Chiariny-Daudet A.-C., le règlement judiciaire et arbitral des contentieux internationaux sur brevets d'invention, bibl., de Droit de l'Entreprise, vol 71, Litec 2006.

²⁰¹ Alternative Dispute Resolution et Arbitrage. L'évolution des modes de règlement des litiges du commerce international par Philippe FOUCHARD Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

applicable ou opter pour l'appréciation pragmatique de la situation à la lumière des différentes lois susceptibles d'être appliquées et ainsi prendre en considération dans un litige concentré en un seul lieu tous les faits ou circonstances susceptibles d'être invoqués devant les différents tribunaux devant lesquels le litige aurait pu être porté. L'objectif d'une plus grande sécurité juridique et d'un moindre coût peut être ainsi atteint dans l'intérêt de l'ensemble des parties.

L'efficacité de la médiation, en ce qu'elle est susceptible d'exécution forcée, est aussi un élément essentiel dans le domaine de la propriété intellectuelle. Pour les litiges à dimension européenne, les solutions peuvent avoir une reconnaissance transfrontière par application de la directive 2008/52/ce du Parlement européen et du conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Dans le contexte extra-européen, la convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères peut, selon la loi applicable, avoir vocation à s'appliquer si l'accord issu de la médiation est transformé en sentence d'accord des parties.

4. La médiation et son développement pour une justice socialement responsable

Les acteurs du monde des affaires, qui plaident en général pour une intervention minimale de l'État dans la vie économique, le rôle de l'État devant être limité à assumer les tâches considérées comme essentielles par la société et ne pouvant l'être par les acteurs économiques eux-mêmes, commencent à penser à la médiation pour une politique de gestion des conflits.

C'est pourquoi la médiation gagne du terrain dans le domaine de la propriété intellectuelle, notamment pour les litiges internationaux, avec les centres de médiation spécialisés de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), de l'Office de l'Harmonisation du Marché Intérieur (OHMI) et bientôt de l'Office Européen des Brevets, ou même généraliste, comme en France avec le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) qui traite une forte proportion de dossiers dans ce domaine.

Mais si, en théorie, l'approche collaborative est de plus en plus célébrée, il y a encore beaucoup à faire pour induire des changements d'approche en situation de conflit. Il reste difficile pour les juristes d'entreprise de défaire d'une attitude combative, voire guerrière de leur volonté de gagner après avoir fait plier leur adversaire. Le compromis peut même apparaître comme signe de faiblesse, voire de lâcheté.

Beaucoup de juges et d'avocats aussi continuent à considérer que le rôle de la justice est de trancher qui a raison et qui a tort et que la médiation ne serait qu'un pis-aller, une renonciation, une privatisation de la justice pour

résoudre le manque de moyens de la justice face à l'accroissement de la demande.

Il s'agit donc maintenant de conforter l'entrée du concept d'une justice socialement responsable, tant du point de vue des usagers de la justice que de l'institution judiciaire.

Le Livre vert de 2001 de la Commission européenne « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » définissait la responsabilité sociale des entreprises comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ».

En matière de conflits, il s'agit avant tout pour les entreprises de faire preuve de bonne gouvernance, comme dans toutes les décisions managériales, en intégrant des préoccupations sociales, et économiques dans la gestion de leurs conflits et dans leurs interactions avec les parties prenantes pour une solution consensuelle, équilibrée et durable. Il s'agit aussi de respecter l'institution judiciaire par un recours à une justice socialement responsable, car équilibrée au regard du coût de fonctionnement de la justice et du coût économique et social démesuré que la solution judiciaire peut engendrer pour la société en général.

Mais les entreprises sont-elles prêtes à faire des études d'impact avant de s'engager dans une procédure judiciaire ou arbitrale ? Si elles entrent en médiation, sont-elles prêtes à traiter le conflit comme elles traiteraient d'une affaire, en imaginant toutes les options « business » possibles et leurs implications, plutôt que de camper sur des positions juridiques inconciliables ? Sont-elles prêtes à renoncer à multiplier les saisines judiciaires comme instrument de pression ? Sont-elles prêtes à préférer une solution à leurs conflits, équilibrée en termes de conséquences économiques et sociales, à une stratégie individualiste pouvant conduire à l'élimination de concurrents sur le marché avec les dommages collatéraux que cela représente ?

Quant à l'institution judiciaire et l'ensemble de ses acteurs professionnels, sont-ils disposés à regarder différemment le conflit pour privilégier les solutions consensuelles et pacificatrices et à considérer le rôle du juge comme un ultime recours ?

Pour les États, le dilemme est de trouver un juste équilibre entre les mesures prises pour faciliter l'accès au juge, et celles qui allègent la tâche du juge pour lui donner les moyens de se consacrer avec tout le professionnalisme nécessaire aux affaires qui exigent son intervention, dans un délai raisonnable.

Le succès de la médiation, en général, dépendra en fait d'un facteur essentiellement humain, celui de la capacité des usagers de la justice, des professionnels du droit et des institutions, à remettre en cause leurs comportements, et à avoir une vision d'une justice plus consensuelle et respectueuse des autres, et, notamment, qui intègre aussi des impératifs économiques, et sociaux.

En Europe, les efforts des autorités judiciaires, des États, des universités pour développer les modes amiables de règlements des conflits, notamment par l'éducation des acteurs traditionnels de la justice, sont réels. L'effort devrait aussi porter sur l'éducation des futurs chefs d'entreprises.

À long terme, le processus médiatif doit trouver sa place, car la médiation issue de la signature d'un accord est nécessairement meilleure pour préserver notre tissu social et économique. C'est un pari difficile et sans doute aussi vital pour la préservation de nos systèmes de justice. Ayons à l'esprit : « Ce ne sont pas les plus forts qui survivent, ni les plus intelligents, mais ceux qui sont les plus rapides à s'adapter au changement ». Charles Darwin, naturaliste anglais.

La médiation en ligne, un défi pour la justice ?

Par Marie-Françoise Le Tallec

Magistrat – TGI de PONTOISE

Déléguée française à la Commission des Nations unies
pour le droit commercial international – CNUDCI (NATIONS UNIES)

Déléguée française auprès de la Commission européenne
pour la mise en place de la plate-forme européenne
de règlement des litiges en ligne

(Règlement du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013).

Mes propos vont être volontairement plus pratiques et factuels qu'académiques ou juridiques. Mon intervention va porter sur les liens en cours de construction entre les technologies numériques, la médiation et la justice.

Après un tour d'horizon international et européen en guise de préliminaire, je reprendrai, pour illustrer mon propos, les résultats d'une expérimentation française qui s'est déroulée entre 2009 et 2010 au sein des tribunaux d'instance de la Cour d'appel de Paris, et je terminerai mon exposé par les questions que l'on est en droit de se poser lorsque l'on parle de développement de médiation en ligne.

Quand on évoque la « médiation en ligne » ou le « règlement en ligne des litiges » en français, l'ODR l'« *online dispute resolution* », suivant le vocable anglo-saxon, il faut avant tout penser à la volonté qui est celle de ses promoteurs de résoudre les litiges dits « de masse ». En effet, la médiation en ligne est considérée par certains de ses acteurs comme la réponse la plus appropriée pour résoudre des litiges à fort volume mais à faibles enjeux financiers, ce que les Anglo-Saxons nomment les « *high volume, low-value disputes* ». Il s'agit aujourd'hui, principalement, des litiges nés de l'usage de l'Internet comme les actes d'achat en ligne, ou encore les litiges liés à la fourniture d'accès Internet, à la téléphonie, à l'abonnement au gaz ou à l'électricité... Les systèmes judiciaires ne sont pas toujours adaptés pour

traiter rapidement ces dossiers, surtout lorsque les actes d'achat en ligne se réalisent entre acheteurs et vendeurs de pays différents, voire de continents différents.

L'on observe aujourd'hui une tendance mondiale à la création et à la promotion de ces outils numériques d'enregistrement en ligne des différends et de leur résolution à distance.

Cette tendance s'observe tout particulièrement au sein de la CNUDCI, Commission des Nations unies pour le droit commercial international, qui a souvent été le fer de lance de la modernisation des règles de droit.

La CNUDCI a lancé, dès 2010, un groupe de travail sur le règlement des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique, notamment les opérations entre entreprises et les opérations entre entreprises et consommateurs.

Il faut d'emblée indiquer que les travaux au sein de ce groupe sont difficiles et peu consensuels. On observe, en effet, un choc frontal entre les conceptions européennes et américaines du commerce et de la protection du consommateur à la mesure des enjeux économiques sous-jacents. Si je veux hâtivement schématiser, il convient de présenter la donne avec d'un côté, les Européens porteurs d'une vision classique de la médiation, outil complémentaire au système judiciaire, le juge restant l'ultime recours des parties et, de l'autre, des Américains porteurs d'une vision ambitieuse de la médiation intégrée dans un process plus large et autonome allant de la négociation assistée à l'arbitrage, sans ultime recours judiciaire, la décision du médiateur (parfois arbitre, la frontière étant poreuse) étant « *final and binding* ».

Il convient également de parler des travaux en cours au sein de la commission européenne visant à mettre en place une plate-forme de règlement en ligne des litiges issus des opérations de consommation, fruit du Règlement 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013. Cette plate-forme en ligne doit être opérationnelle d'ici à 2016 et doit permettre aux consommateurs européens d'enregistrer en ligne leur requête relative à un litige de la consommation. Cette plate-forme doit essentiellement réorienter le consommateur vers le dispositif de médiation idoine au sein de chaque État membre.

Voici brièvement brossé le tableau international et européen des règles et des process en cours de constitution dans ce secteur.

Concernant le niveau national, il est intéressant de dire que la France a été précurseur et de présenter cette expérimentation de médiation en ligne réalisée entre avril 2009 et avril 2010. Elle s'est réalisée dans le cadre d'un protocole d'accord signé entre le Forum des droits sur l'Internet et la Cour d'appel de Paris pour résoudre certains litiges de première instance liés à l'usage de l'Internet (achats en ligne, fourniture d'accès à Internet et litiges de la téléphonie...) opposant essentiellement un vendeur à un consommateur

ou deux particuliers dans le cadre d'un achat ou d'une vente sur des plateformes telles qu'eBay ou le bon coin.

Au moment de l'expérimentation médiateur du Net, le service de médiation en ligne du Forum des droits sur l'Internet avait traité en mode extrajudiciaire plus de 22 000 demandes avec un taux de résolution des différends supérieur à 87 %.

La technique de médiation développée est à la fois originale et traditionnelle. Le médiateur s'appuie sur l'outil électronique en y transposant les principes essentiels de la médiation dans ses aspects déontologiques et méthodologiques. Cet outil technologique offre ainsi à des parties qui ne pourraient jamais se rencontrer (ex. éloignement géographique dans le cadre des achats électroniques...) une possibilité d'accès à un mode consensuel de résolution de leur différend. Les techniques traditionnelles de contact ne sont pas exclues et peuvent s'inscrire dans le processus de médiation (rencontres physiques, contacts téléphoniques, par télécopie, par courrier postal avec le médiateur...).

Des échanges à la fois spontanés et construits se déroulent lors de ces médiations. Spontanés car les parties peuvent à n'importe quel moment se connecter à leur compte sécurisé et parler de leur dossier, poser des questions, émettre des propositions... La parole est libre au moment où elle souhaite s'exprimer sans attendre un rendez-vous mais elle est aussi construite car elle est conduite par le médiateur qui canalise les apports et les organise formellement sans jamais laisser les parties livrées à elles-mêmes.

L'objet du protocole avec la Cour d'appel de Paris consistait, d'une part, à développer l'information des justiciables et du personnel judiciaire sur les potentialités d'un environnement numérique à disposition du médiateur et, d'autre part, à développer la médiation en ligne au sein de l'organisation judiciaire en traitant rapidement et efficacement les différends soumis.

Les greffiers des tribunaux pilotes ont été très actifs au sein du projet et ont été pour beaucoup dans sa réussite, notamment en délivrant les doubles convocations.

Quel bilan tirer de cette expérimentation ? L'objectif étant qualitatif, 100 dossiers ont été traités. Sur ces 100 dossiers, voici les résultats :

92 % des affaires ont quitté le circuit judiciaire, 78 % de ces cas ont été résolus dans le cadre des médiations conduites et 14 % ont quitté l'instance civile après avoir fait l'objet d'une information délivrée aux parties qui se sont finalement désistées. 8 % des dossiers n'ont pas été résolus en médiation et ont poursuivi leur parcours judiciaire.

Le temps de traitement des dossiers a été extrêmement rapide, de quelques heures à un maximum de trois semaines, à l'exception de quelques litiges liés à la fourniture d'accès Internet qui dépendaient du temps de réponse des services clientèles de ces entreprises.

Quel était le profil des justiciables ?

Trois grands profils de parties requérantes dont le dossier a été pris en charge se sont dessinés :

– Plus de 65 % des personnes s’adressant à la justice le faisaient un peu contraintes, en dernière extrémité pour faire reconnaître un droit. Elles côtoyaient le monde judiciaire pour la première fois. Elles se sont montrées soulagées de voir qu’un tiers pouvait, de façon amiable et en toute indépendance, les écouter et tenter de les aider à résoudre avant l’audience leur affaire. Spontanément, après qu’elles ont expliqué leur différend, elles ouvraient d’elles-mêmes la porte à des solutions consensuelles.

– 25 % des personnes s’adressant à la justice le faisaient avec la ferme volonté de faire condamner par un juge l’autre partie. Toutefois, elles ont accepté le principe de la double convocation et ont parlé au médiateur. Du dialogue instauré, il est ressorti que ces parties voulaient une lettre d’excuses et d’explication ainsi qu’un geste commercial de l’autre partie, cette démarche aboutissant en médiation, elles abandonnaient la procédure judiciaire.

– Moins de 10 % des personnes s’adressant à la justice le faisaient pour obtenir essentiellement une compensation financière. Persuadées de leur bon droit, elles expliquaient que des personnes, dans la même situation, avaient obtenu des montants élevés en dommages et intérêts. Elles engageaient une action pour obtenir le même jugement. Le profil de ces personnes était fort différent, certaines avaient pris un avocat pour porter leur dossier devant la juridiction, d’autres ne maîtrisant pas les codes du monde judiciaire, s’en remettaient à la justice comme gage de la reconnaissance de leurs droits de citoyen au sein de la société française. Pour cette dernière catégorie, il est apparu un grand décalage entre leurs attentes et le fond de leur dossier. Ces dossiers ont souvent été portés à la connaissance du médiateur par la seule partie défenderesse. Le contact a pu dans la moitié des cas permettre de délivrer à la partie requérante une information sur le fonctionnement de la justice (importance de constituer un dossier, possibilité d’un report d’audience...), l’explication du fonctionnement du monde judiciaire a permis de résoudre certains cas avant l’audience.

Un point doit être souligné. Si le service de médiation n’a rencontré aucune difficulté dans la prise de contact avec les parties qui sont venues spontanément à lui à la suite de la réception du courrier du greffe, il a mis trois mois pour établir un véritable échange électronique avec certains tribunaux. Les messages électroniques envoyés aux magistrats ont été bloqués par le serveur de la Cour et les pièces jointes ne pouvaient pas être lues faute de l’usage d’un standard commun avec la justice. En outre, beaucoup de juges de proximité ne pouvaient utiliser leur adresse électronique pour la justice et les connexions à Internet n’étaient pas toujours

possibles pour les magistrats depuis leur poste de travail ou, si elles l'étaient, le temps d'accès aux pages Web était rédhitoire.

Le bilan qualitatif

• La double convocation : un outil utile

La double convocation a constitué un véritable outil d'incitation forte à la prise de contact avec le médiateur.

• Le juge référent : un atout

La réussite de l'implémentation de l'expérimentation au sein des tribunaux a été d'autant plus rapide et efficace que le juge d'instance s'est constitué en juge référent, s'investissant dans l'examen préalable des dossiers et leur orientation vers la médiation.

Les justiciables, aussi bien de jeunes adultes que des personnes de plus de soixante-dix ans, ont exprimé leur satisfaction de pouvoir gérer leur dossier à distance.

Il ressort de l'expérimentation et des discussions avec les magistrats qu'il convient de garder à ce mode de résolution une souplesse et une rapidité dans sa mise en œuvre et d'éviter un formalisme lourd et coûteux (déplacement des parties au tribunal, courriers à adresser, pièces à produire par la voie postale en de multiples exemplaires...).

C'est un mode de résolution qui responsabilise les parties parce qu'elles gardent un contrôle sur leur dossier en voyant en temps réel son état d'avancement. Les parties vont également jouer un rôle actif dans la recherche de solutions avec l'aide du médiateur qui, de son côté, suivra en « back-office » l'organisation de ses médiations.

En conclusion, les constats tirés de cette expérimentation sont tout à fait positifs. La médiation à distance s'adapte à un certain nombre de besoins du monde judiciaire et surtout à la demande d'une catégorie de justiciables en attente d'une justice moderne, réactive, efficace et moins anonyme. Elle répond également à la demande de certains magistrats, convaincus que d'autres voies que la voie contentieuse peuvent être proposées pour régler les litiges et ainsi pacifier les relations entre les parties. En ce sens, un tel outil est particulièrement bien adapté aux litiges familiaux.

Toutefois, certaines conditions restent requises pour la mise en œuvre de telles solutions. En effet, des requérants ont été très attentifs, comme les magistrats, au respect des principes de compétence et d'indépendance du médiateur ainsi qu'au respect d'une déontologie stricte.

Le monde judiciaire ne pourra pas rester en marge des évolutions liées notamment aux usages par nos concitoyens des technologies numériques. Tout comme l'éducation nationale et l'enseignement supérieur confrontés à l'arrivée des MOOC (Massive Open Online Course), le monde judiciaire va très vite être confronté à l'arrivée d'une offre de « justice » en ligne. Cette offre posera de multiples questions ; outre celles de l'identité du service, de

la qualité et de la compétence du médiateur, celles de la protection des données recueillies sur ces plates-formes, du coût pour les justiciables de l'offre et, plus largement, de la frontière entre le service public de la justice et l'offre privée répondant à une demande très vive de nos concitoyens d'une justice moderne, rapide et efficace.

IV

L'expansion de la médiation

Développement de la médiation en Russie : Les points marquants des 10 dernières années

Par Tsisana Shamlikashvili,
Médiatrice internationale, professeur de l'Université d'État
de Moscou pour la psychologie et l'éducation
(titulaire de la chaire de médiation
dans les pratiques sociales), président académique
de l'Institut fédéral de médiation,
et président de l'Organisation nationale de Russie pour les médiateurs,
Président de la sous-commission sur les ADR
et la médiation de l'Association russe des juristes.

L'année 2003 au terme de laquelle a été fondé GEMME, fut aussi un point de départ pour le développement de la médiation en Russie. En novembre 2004, dans son discours d'ouverture du 6^e congrès panrusse des juges, Vladimir Poutine a déclaré qu'il était nécessaire de « promouvoir par tous les moyens les méthodes reconnues dans le monde entier comme étant efficaces (... à savoir les différentes méthodes préventives et judiciaires de résolution par des négociations et des accords amiables, ainsi que des méthodes alternatives de règlement des conflits et les procédures d'arbitrage) ». Cette déclaration du chef de l'État russe a été une réaction claire à la tendance inquiétante à la surcharge des tribunaux russes, qui a toujours entraîné une baisse globale de la qualité de la justice. Dans le même temps, cela a constitué une sorte de signal encourageant la société russe à s'intéresser davantage au développement de nouvelles méthodes alternatives de règlement des différends, dans le cadre de la modernisation du système judiciaire.

En février 2005, la première conférence internationale intitulée « La médiation : une nouvelle étape sur la voie de l'État de droit et de la société civile » a eu lieu à Moscou, avec le soutien de l'administration du Président. En avril 2005, un centre méthodologique pour la médiation et la loi

scientifique a été créé en Russie, c'est le premier fournisseur de services de médiation dans le pays. Cette organisation a pour mission l'introduction, la mise en œuvre, la promotion et le renforcement de la médiation comme nouvelle institution juridique et sociale en Russie. Depuis, ce centre s'est affirmé comme le principal organisme dans le domaine de la médiation en Russie.

En 2005, 2007, 2009 et 2011, quatre grandes conférences internationales ont été organisées par le centre de médiation et de droit de Moscou, et ont réuni des fonctionnaires russes, des politiciens, des représentants du monde de l'entreprise, des juristes et des experts internationaux de la médiation et des ADR. En septembre 2010, une autre conférence importante a eu lieu à Moscou – conférence russo-française sur la médiation, organisée conjointement par l'ambassade de France en Russie, GEMME-France et le centre de médiation et de droit. La médiation a toujours été un sujet important à Saint-Petersbourg, place internationale de droit, où des groupes de discussion sur la médiation se sont tenus, chaque année, depuis le lancement du projet en 2011.

L'impact de ces conférences et des autres activités du centre visant à promouvoir la médiation en Russie a été considérable. Elles ont permis non seulement de rendre la médiation plus proche du public russe, mais aussi d'établir une coopération entre les médiateurs russes et leurs collègues de l'étranger.

En 2006, le service de médiations unies a été créé par l'union russe des industriels et des entrepreneurs afin de promouvoir des procédures alternatives de résolution des litiges commerciaux, tandis que la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie a établi un groupe spécial de médiateurs autorisé à mener des procédures de conciliation.

En septembre 2006, a été publié le premier numéro de la revue trimestrielle de la médiation et du droit d'intermédiation et de conciliation, qui est encore à ce jour le premier et le seul périodique russe spécialisé pour la médiation et les ADR. La publication de ce magazine, d'une part, et celle d'un grand nombre de livres sur la médiation, rédigés par des experts nationaux et étrangers, d'autre part, ont créé les conditions nécessaires à la promotion de l'idée de médiation dans la société, dans les communautés juridiques et commerciales, et de l'activité des médiateurs professionnels en Russie.

À la fin de l'année 2006, le premier projet de loi visant à introduire la médiation dans le système judiciaire russe a été présenté à la Douma d'État (chambre basse du Parlement russe). Ce projet a été conçu de telle sorte qu'il intègre la loi type de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur l'arbitrage commercial

international. Toutefois, ce projet de loi n'a pas obtenu le soutien requis pour son approbation et, malgré les efforts déployés par ses instigateurs pour le réviser, il est resté lettre morte.

Au cours des dernières années, l'État russe et des membres respectés de la communauté judiciaire russe ont, à plusieurs reprises, vanté les aspects positifs de cette méthode de résolution des différends. L'élaboration de procédures préventives de règlement extrajudiciaire des différends et de médiation a également été reconnue comme constituant un des outils de la politique publique dans la lutte contre la corruption telle que définie dans le plan national de lutte contre la corruption approuvé par le président de la Fédération de Russie Dmitri Medvedev, le 31 juillet 2008.

Depuis 2005, un grand effort a été fait pour introduire la médiation dans le système judiciaire. Pour mettre en œuvre la médiation, il faut d'abord sensibiliser les citoyens en les informant sur la médiation elle-même et sur les avantages qu'elle offre pour la résolution des différends. Le centre de médiation et de droit de Moscou a tout d'abord mis au point des programmes pour les juges, l'objectif principal étant de leur enseigner comment promouvoir la médiation (rencontrer les parties, les aider avec compétence pour leur permettre d'exercer leurs droits et développer leur capacité à faire un choix éclairé). En conséquence, dans de nombreuses régions (plus de 40 %), le système judiciaire est impliqué dans le processus de mise en œuvre de la médiation et dans certains d'entre eux les tribunaux jouent un rôle très actif.

Le 7^e congrès des juges panrusse, en décembre 2008, a déclaré : « La mise en place et le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges, y compris les procédures de conciliation et de médiation, fournissent un moyen efficace pour réduire la charge pesant sur les juges et ainsi améliorer l'efficacité et la qualité de la justice. » Aucune mesure efficace n'ayant malheureusement été prise à la lumière de ces déclarations, le E. congrès panrusse des juges prône la nécessité, pour le législateur, d'introduire l'usage de ces méthodes alternatives avant le procès, en particulier dans le domaine des relations de droit public. Au vu des résultats de ce congrès, le Président russe Dmitri Medvedev a ordonné la rédaction d'amendements à la législation russe relative à la réforme du système judiciaire instituant « le développement et la mise en œuvre de procédures préalables au procès (y compris la médiation) ». Cette injonction du Président a marqué un tournant dans le développement de la médiation en Russie, en montrant clairement, et de façon définitive, la volonté de la direction russe de moderniser le système judiciaire.

La communauté juridique a répondu à ces événements de façon réactive. Le 24 décembre 2008, une sous-commission sur la résolution alternative des

conflits par la médiation a été créée au sein de l'association russe des juristes (dans le cadre de la commission sur l'amélioration du système judiciaire).

La rédaction d'une loi sur la médiation a été entreprise. Ce processus a également été influencé par l'adoption de la directive de l'UE qui était entrée en vigueur peu de temps auparavant (en mai 2008) ; elle a servi de référence pour définir le concept et les principes de base pour le développement de la médiation.

En mars 2010, la préparation du projet de loi a été achevée. Par la suite, le Président russe Dmitri Medvedev a présenté à la Douma d'État deux projets de loi : le plus important, projet de loi fédérale n° 341071-5 sur les procédures de résolution des litiges impliquant un médiateur (processus de médiation) ; par ailleurs, a également été présenté un projet de loi fédérale n° 341063-5 sur les amendements à certains actes législatifs de la Fédération de Russie après l'adoption de la loi fédérale sur la procédure de règlement extrajudiciaire des différends avec la participation d'un médiateur.

En juillet 2010, ont été adoptées deux lois qui sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Ces deux actes normatifs – la loi fédérale de la Fédération de Russie n° 193-FZ du 27 juillet 2010, sur les procédures de résolution des litiges impliquant un médiateur (procédure de médiation), et la loi fédérale de la Fédération de Russie n° 194-FZ du 27 juillet 2010 sur les amendements à certains actes législatifs de la Fédération de Russie après l'adoption de la loi fédérale sur la procédure de résolution des litiges impliquant un médiateur, constituent le socle juridique de la médiation en Russie.

L'étape suivante a été de développer le programme de formation à la médiation par l'État. Ce programme, approuvé par le ministère de l'Éducation et de la Science et par le ministère de la Justice en février 2011, a été développé sur le modèle de celui du centre de médiation et de droit, qui formait déjà des médiateurs professionnels depuis plusieurs années.

La loi sur la médiation indique que les médiateurs professionnels peuvent s'organiser et s'unir en organismes auto-réglementés. En 2011, la Chambre de commerce et d'industrie, l'Union russe des industriels et des entrepreneurs, l'association des juristes russes et le centre de médiation et de droit ont co-établi un partenariat non commercial intitulé « organisation nationale des médiateurs » (MIP). Cette organisation regroupe des médiateurs professionnels individuels et les principaux acteurs sur le marché russe de la médiation commerciale afin de maintenir un niveau élevé de normes applicables aux services dispensés dans ce nouveau domaine. En octobre 2013, l'Organisation nationale des médiateurs (NOM) a officiellement reçu le statut juridique d'organisme auto-réglementé. Cette organisation a, entre autres initiatives, développé le code de bonne conduite des médiateurs russes.

Grâce aux efforts déployés, depuis le début de l'année 2006, par le centre de médiation et de droit, la médiation a fait son entrée dans le cursus de grandes universités russes et dans les écoles de droit, notamment au sein de l'université d'État de Moscou, l'académie de droit d'État de Moscou, le haut collège d'économie, l'école russe de droit privé, etc. En 2012, le premier programme de master en médiation a vu le jour en Russie, dispensé conjointement par l'université d'État de Moscou de la psychologie et de l'éducation (MSUPE) et le centre de médiation et de droit ; une chaire de médiation dans les pratiques sociales a en outre été fondée au sein de cette université.

En février 2013, l'institut fédéral de médiation (FIM) a été créé sous les auspices du ministère de l'Éducation et des Sciences afin de faciliter l'intégration de la médiation en Russie, et d'enquêter sur les aspects théoriques et pratiques de la médiation. D'ambitieux projets de recherche ont été lancés par un groupe de médiateurs, d'avocats, de psychologues et de spécialistes des sciences sociales, dans le but de recenser des informations sur les pratiques de médiation existant en Russie et dans les pays de la CEI, d'évaluer l'efficacité de la médiation dans différents cas de figure et de fournir une analyse des facteurs affectant le règlement des différends. Le ministère de l'Éducation et de la Science, qui est en Russie l'autorité centrale pour la mise en œuvre de la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et de celle de 1996, ainsi que la FIM en étroite collaboration avec le centre de médiation et de droit de Moscou, jouent également un rôle important dans les cas de médiation familiale internationale, y compris ceux visés par la commission russo-française.

De nombreux autres projets en sont encore en genèse. Un projet de norme professionnelle pour les médiateurs a été développé ; il est actuellement en phase de soumission à des débats publics, avant d'être proposé au ministère du Travail. La création et le développement rapide et généralisé dans le pays d'une plateforme de résolution des conflits par Internet (ODR) stimulent l'intérêt des investisseurs, en ce qu'elle répondrait aux besoins du e-commerce en Russie. Des chambres de médiation s'ouvrent devant les tribunaux ici et là, y compris au niveau de la cour, pour les litiges en matière de propriété intellectuelle.

En 2012, la « stratégie nationale russe » pour les enfants de 2012 à 2017 (RNSC) a été signée par le Président Vladimir Poutine, la médiation y a été une fois de plus reconnue comme constituant un outil social important. En application du plan d'action du réseau RNCS, des centres de médiation devraient être créés pour constituer un outil de restauration dans le traitement de délinquance des adolescents, et des services de médiation à l'école devraient être institués dans les établissements d'enseignement du pays.

À ce jour, après presque 10 ans d'histoire de la médiation, on peut affirmer qu'en Russie, il y a une grande variété de programmes de formation à la médiation – visant des publics variés – juges, avocats, travailleurs sociaux, notaires, gestionnaires, étudiants en droit, psychologues, etc. Des petits centres de médiation apparaissent et il y a aussi de nombreux médiateurs individuels, qui essaient de trouver leur propre créneau sur ce marché émergent. Cependant, en dépit de progrès évidents, ce marché est encore très sous-développé en Russie, et le nombre total de médiations payées (si difficile à estimer qu'il soit) ne suffit pas même à faire vivre la petite communauté de médiateurs professionnels employés à temps plein. C'est la raison pour laquelle la plupart des médiateurs associent leur pratique à d'autres activités professionnelles.

La connaissance de la médiation varie beaucoup d'une région à l'autre. Il est clair que, comme partout ailleurs dans le monde, la médiation en Russie a besoin de temps et de patience pour être largement pratiquée. Le rôle des médiateurs professionnels fournissant des services de médiation de qualité est crucial pour le succès de la médiation. Les utilisateurs potentiels doivent être approchés par le biais du système judiciaire, des professionnels du droit, et de divers groupes sociaux et professionnels. Il s'agit d'un effort de l'État et de la société, qui bénéficie à chaque citoyen, pour créer une culture de dialogue, renforcer la confiance à tous les niveaux des relations sociales.

La médiation et les juges de paix

Par Albertina Aveiro Pereira

Juge à la Cour d'appel de Lisbonne
et professeur à l'École de la magistrature

I. Introduction

Bien qu'existant au Portugal depuis plusieurs décennies, notamment dans le domaine familial, l'intérêt pour la médiation est apparu après son entrée dans les tribunaux des juges de paix.

Ainsi, pour essayer d'expliquer les contours dans lesquels la médiation opère dans ce domaine, je ferai une brève description de ces tribunaux, de leur création et de leurs caractéristiques essentielles, après quoi j'aborderai la conciliation, compte tenu de ses similitudes avec la médiation, et de l'importance de ses mesures au sein des tribunaux des juges de paix.

II. Les tribunaux des juges de paix

1. *Consécration constitutionnelle*

Connus depuis des siècles, bien que sous différentes appellations et configurations, en raison de diverses vicissitudes, les tribunaux des juges de paix ont été éloignés du système de justice au Portugal, pendant une longue période qui a pris fin à la suite de la révision de la Constitution de 1997. Depuis, ils sont inclus dans l'article 209 de la Constitution (qui fait référence aux différentes catégories de tribunaux). Ils sont expressément prévus à l'article 2 : « *il peut exister des tribunaux maritimes, des tribunaux d'arbitrage et des tribunaux des juges de paix.* »

Les tribunaux des juges de paix sont, donc, des juridictions où se rend la justice, bien qu'ils ne soient pas des tribunaux judiciaires, comme il ressort clairement de la loi fondamentale.

Une fois ce changement élaboré au niveau constitutionnel, il a fallu encore environ 4 ans pour que cette nouvelle réalité ait une reconnaissance juridique et soit appliquée sur le terrain, ce qui finit par se réaliser avec la loi n° 78/2001, du 13 juillet 2001.

2. Le contexte de sa création

Après le 25 avril 1974, la société a subi une transformation profonde. Le processus de démocratisation vécu par les différents secteurs de la société, l'inclusion des valeurs d'égalité et de liberté, l'intégration postérieure dans l'espace communautaire européen, l'actuelle Union européenne, avec les changements inhérents au niveau économique et productif du pays, l'augmentation de la consommation, associée à une meilleure éducation et sensibilisation à leurs droits par les citoyens, le recours massif de certaines entreprises aux tribunaux simplement pour obtenir des crédits (et aussi des coûts fiscaux plus faibles), ont amené à une situation de pré-rupture du système judiciaire, qui ne disposait pas de moyens suffisants pour répondre à la nature et à la dimension de cette demande.

Par ailleurs, des vents de changement soufflaient avec une intensité croissante de l'autre côté de l'Atlantique et même sur l'Europe.

Depuis les années soixante-dix, ont commencé à se développer aux États-Unis et, plus tard, dans d'autres pays européens, plusieurs mouvements réclamant un meilleur et plus grand accès à la justice : d'autres formes d'accès aux tribunaux ; la participation directe des citoyens dans la résolution de leurs problèmes à travers des formes d'émancipation sociale des citoyens, ce qui inclut les ADR (*Alternative Dispute Resolution*), des réalités qui se sont reflétées dans l'octroi de plusieurs instruments internationaux et européens, appelant à la création et au développement de moyens alternatifs de résolution des litiges comme moyens d'accès à la justice. Ainsi, au-delà d'autres expériences de nature privée qui se sont éveillées dans la société portugaise, a été créé le bureau de la médiation familiale, à la fin des années 90, et, par la suite, les différents systèmes de médiation publique actuellement existants, qui comprennent le système de médiation familiale, la médiation pénale pour les jeunes, le système de médiation du travail et le système de médiation pénale.

La loi 78/2001 a créé les tribunaux des juges de paix, ainsi que leurs règles d'organisation, compétence et fonctionnement.

Au départ, seuls 4 tribunaux des juges de paix ont été installés pour une période probatoire : à Lisbonne, Oliveira do Bairro, Seixal et Vila Nova de Gaia.

Malgré l'indifférence de certains et l'opposition d'autres, l'expérience mise en place par ces pionniers est positive, manifestant l'approbation claire

des citoyens de cette réalité. Ainsi, ces dernières années, 21 nouveaux tribunaux ont été créés.

La loi 78/2001 a été récemment révisée par la loi 54/2013 du 31 juillet 2013 (loi relative aux tribunaux des juges de paix).

3. Structure, compétence et fonctionnement

Les tribunaux des juges de paix, qui ont été conçus comme des tribunaux spécialisés pour permettre *la participation civique des intéressés et pour stimuler le juste règlement des conflits* (article 2 de la loi 54/2013), obéissent à une structure très simple. Ils disposent d'un service d'accueil et d'un service administratif et il existe, pour chacun d'eux, un service de médiation. Ce service est conduit par des médiateurs, qui sont des professionnels indépendants et qualifiés, sélectionnés par concours public. Ils sont inscrits sur une liste existant dans les tribunaux des juges de paix.

Par ailleurs, les tribunaux des juges de paix ne disposent pas de personnel, étant composés de fonctionnaires fournis par les autorités locales, qui doivent aussi leur concéder des installations.

Les prétentions des utilisateurs, peuvent être exposées oralement. Elles sont consignées par écrit par les fonctionnaires, et se retrouvent dans la requête du demandeur, dans la contestation du défendeur et dans l'éventuelle réplique, si une demande reconventionnelle a été faite.

Le procès est rapide, comportant seulement les phases de réception de la demande, de médiation et de jugement ; le délai pour la présentation de la requête et de la réponse, si c'est le cas, est de 10 jours.

Dans une logique de proximité et en vue de parvenir à un accord, les parties doivent comparaître personnellement et peuvent se faire accompagner par un mandataire.

Les tribunaux des juges de paix sont compétents pour les actions déclaratives et pour des questions destinées à accomplir l'exécution d'obligations, la livraison de choses mobilières, l'accomplissement des droits et devoirs des copropriétaires, les conflits entre copropriétaires, les actions possessoires, de copropriété, en responsabilité civile, la non-exécution des contrats et la théorie générale des obligations – matières dont la valeur économique ou sociale n'est pas très élevée, mais qui peuvent constituer un grand préjudice pour les personnes lésées.

La compétence en raison du montant de la demande est de 15 000 €. Les jugements prononcés par les juges de paix ont la même valeur que les jugements prononcés par le tribunal de première instance.

4. Principes en vigueur dans les tribunaux des juges de paix

Les tribunaux des juges de paix ont pour but la participation civique des intéressés. L'article 2, n° 2 de la loi 54/2013 du 31 juillet a créé un important cadre de référence motivateur pour tous ceux qui interviennent dans ces tribunaux. Ils se réclament des principes *de simplicité, d'adéquation, de souplesse des formalités, d'oralité et d'absolue économie processuelle*.

De ces principes découlent, entre autres, une posture des intervenants assise sur un moyen simple, direct et clair d'agir afin de surmonter tout ce qui n'est pas pertinent ou qui peut empêcher la résolution rapide du conflit.

L'idée de proximité est immanente ainsi que la participation coopérative de tous. Ce qui se traduit par l'obligation de donner des éclaircissements et des informations nécessaires.

À travers une économie processuelle rigoureuse, on fait appel à une pratique souple des actes, ce qui implique un esprit critique permanent de la part des fonctionnaires, des médiateurs et des juges de paix, de manière que la décision ait un sens utile, et que la justice soit rapide.

5. Caractéristiques des tribunaux des juges de paix

À travers les points signalés sur les modes d'installation et de fonctionnement originaux des tribunaux des juges de paix et, en particulier, du fait que la médiation y soit insérée, ces derniers ont un caractère *sui generis*, dans la mesure où étant de vrais tribunaux, ils fonctionnent par rapport aux tribunaux communs comme un moyen alternatif de résolution de conflits.

III. La médiation et la conciliation dans les tribunaux des juges de paix

1. Médiation

Connue depuis longtemps, et dans presque toutes les cultures, bien que sous des formes et des noms différents, *la médiation* est généralement considérée comme un mode extrajudiciaire de résolution des conflits, de caractère privé, informel et confidentiel, volontaire et de nature non contentieuse, où les parties participent activement et directement avec l'aide d'un médiateur qu'elles doivent choisir elles-mêmes pour trouver une solution négociée au conflit qui les oppose.

Il s'agit, comme on le sait, d'un important mécanisme de résolution de conflits, dans lequel les parties, avec l'intervention d'un tiers, le médiateur, qui est un professionnel qualifié, indépendant et impartial, sont placées dans une position d'égalité, pour aborder, discuter leurs vrais problèmes et

atteindre le cœur du conflit, souvent voilé ou peu exprimé dans la demande juridique qu'elles exposent au tribunal.

Avec le rétablissement de la communication, favorisée par l'intervention du médiateur, les parties reprennent le dialogue, sans aucune contrainte, en toute liberté et dans le respect de l'autre, finissant elles-mêmes par trouver et construire la solution qui leur convient le mieux. Il n'y a pas un perdant et un gagnant : les deux gagnent. La solution ou l'accord conclu par ce moyen, se traduira donc, par **quelque chose de profondément intériorisé et assumé** par les parties, qui, comme il est naturel, tendront à suivre leur accord dans l'avenir, propageant de cette manière l'harmonie et la paix sociale. Je pense que c'est le meilleur moyen de résoudre et d'éviter les conflits, un moyen purement démocratique, participatif et interactif pour les citoyens qui leur permet d'accéder au juste règlement du conflit – donc à la justice.

Dans chaque tribunal des juges de paix existe un service de médiation, où les parties sont libres de se rendre ou pas, la médiation a un caractère facultatif, permettant aux parties de choisir le médiateur sur la liste existant dans les tribunaux des juges de paix. Avec ce service, on prétend stimuler la résolution, en termes préliminaires, du conflit par accord entre les parties. Et, de ce fait, donner aux parties la possibilité de régler leurs différends de manière amiable et concertée (article 53 de la loi des tribunaux des juges de paix).

La même loi prévoit que le médiateur est un tiers neutre, indépendant et impartial, dépourvu du pouvoir d'imposer une décision exécutoire aux parties. Elle souligne, cependant, qu'il « organise et dirige la médiation... cherchant à obtenir le *meilleur et plus juste résultat utile* pour l'obtention d'un accord qui les satisfasse » (article 35, n^{os} 2 et 3).

Par conséquent, bien que la médiation soit un processus où les parties, par elles-mêmes, trouveront la solution qui servira au mieux leurs intérêts, le médiateur ne peut pas être indifférent au genre d'accord obtenu, surtout quand il n'est ni juste ni équilibré pour les deux parties. Ce qui peut se produire, notamment, quand une des parties bénéficie par rapport à l'autre d'un clair ascendant économique, social, psychologique ou autre. Dans ces cas-là, le médiateur doit en tenir compte dans la conduite du processus de médiation ou arrêter la médiation conformément à l'article 19, alinéa c) de la loi 29/2013 du 19 avril, qui régit la médiation publique et privée. S'inscrit également dans ce plan le contenu de l'article 6 de la même loi 29/2013, en énonçant qu'un des devoirs du médiateur est de traiter les parties « *équitablement tout au long du processus de médiation, gérant le processus de manière à assurer l'équilibre des pouvoirs et la possibilité pour les deux parties de participer de la même façon* ».

L'accord obtenu, celui-ci est transcrit dans un simple écrit, signé par tous les intervenants et soumis à l'homologation du juge de paix, avec valeur de

jugement (article 56 de la loi des tribunaux des juges de paix). Il a ainsi la valeur de titre exécutoire (art. 703 du Code de procédure civile).

L'homologation de l'accord, se fera en présence des parties devant le juge de paix qui vérifiera ses termes et son contenu, afin de décider s'il a été obtenu de manière libre et éclairée.

Si les parties n'arrivent pas à un accord à travers la médiation, le juge de paix décidera de la date de l'audience de jugement, à réaliser dans un délai maximum de dix jours (art. 56 n^{os} 2 et 3 de la loi des tribunaux des juges de paix).

Aspect particulier concernant la médiation : elle peut se dérouler hors de la compétence des tribunaux des juges de paix (médiation extra-compétence), prévus à l'article 16 n^o 3 de la loi des tribunaux des juges de paix. Il s'ensuit que « *le service de médiation est compétent pour régler les conflits qui peuvent être soumis à la médiation, même étant exclus de la compétence des tribunaux des juges de paix* ».

En permettant que la médiation se déroule dans des conflits, exclus de la compétence des tribunaux des juges de paix, du moment qu'ils concernent des droits disponibles, le législateur a voulu stimuler le recours à la médiation dans un « lieu » approprié, comme sont les tribunaux des juges de paix. Toutefois, le juge de paix n'ayant pas la compétence pour homologuer l'accord, une des deux situations suivantes peut se produire : i) l'accord obtenu de cette manière sera valable comme titre exécutoire, s'il remplit les conditions prévues dans l'article 9 de la loi relative à la médiation, sans la nécessité d'une homologation : ii) si les parties souhaitent soumettre l'accord à l'homologation, elles ont la possibilité de le faire, à mon avis, conformément à l'article 14 de la même loi sur la médiation, par juge d'un tribunal compétent en la matière.

2. Conciliation

Un autre élément inhérent aux tribunaux des juges de paix concerne la conciliation. En effet, il entre dans la mission des juges de paix de tenter la conciliation, si les parties n'ont pas recouru à la médiation, ou y ont renoncé ou n'ont pas été en mesure de parvenir à un accord.

L'intervention conciliatrice du juge de paix se produit, en règle générale, avant le jugement.

La conciliation se traduit par un acte juridictionnel. Dans ce cas, le juge de paix exposera aux parties, de manière impartiale et objective, les risques de la poursuite du procès, les avantages et les inconvénients des positions assumées dans le procès, soulignant les avantages d'une solution négociée et consensuelle.

Son intervention, qui doit être active et engagée, ne peut pas, cependant, aboutir à une forme de pression sur les parties pour mettre un terme au

procès en vue d'obtenir un jugement. À la lumière, notamment, des règles constitutionnelles, du principe de la tutelle juridictionnelle effective, les parties ont le droit de garder cette option.

Cette activité conciliatrice du juge de paix, implique de sa part un soin personnel, une attention particulière, sur la façon de conduire la tentative de conciliation et de communiquer avec les parties, en tenant compte, comme nous l'avons vu, que les tribunaux des juges de paix sont des espaces de proximité et même d'absence de formalités, et sont dépourvus en grande partie de l'autorité symbolique des tribunaux.

Il importe donc à mon avis d'avoir une conduite active, engagée et de dialogue, avec proximité, mais avec le souci de respecter les autres et sa propre qualité de juge. L'indépendance, la neutralité et l'impartialité, comme des éléments essentiels de leur statut de juge et la confiance des citoyens devant la justice, ne peuvent pas être remises en question, ni être le motif de quelque doute de la part des utilisateurs de ce service de justice, d'autant plus que ce sera le même juge de paix qui rédigera le jugement et prononcera une décision.

Le juge est tenu par les termes du conflit tels que formulés par les parties. De ce fait, le juge conciliateur, qui, de surcroît, est tenu par la règle du contradictoire, qui s'oppose à la confidentialité, **ne parvient pas en conciliation à atteindre avec la même profondeur le cœur du litige, comme c'est le cas en médiation.**

Il s'agit, cependant, d'un important mécanisme de résolution de conflits, qui contribue clairement à la résolution rapide des conflits et à la pacification sociale.

Selon les données disponibles, dans les tribunaux des juges de paix, environ 50 % des cas sont résolus par la médiation et par la conciliation.

IV. Conclusion

La médiation et la conciliation, insérées au sein des tribunaux des juges de paix, de la manière brièvement décrite, valorisent leurs effets, contribuant à l'obtention d'une justice plus rapide, proche des citoyens, plus humaine et plus démocratique, renforçant encore l'harmonie et la paix sociale.

La médiation : affaires pénales et analyse des conflits

Par Geert Cortens

Président de la Cour suprême des Pays-Bas

C'est avec grand plaisir que je m'adresse à vous aujourd'hui, en ouverture de la seconde journée de votre congrès. Ceux d'entre vous qui me connaissent savent que je suis un partisan convaincu des contacts internationaux entre juristes. Des échanges auxquels j'essaie également d'apporter ma contribution en ma qualité de président du réseau des présidents de Cours suprêmes judiciaires dans l'Union européenne.

L'année dernière, j'ai donné deux conférences sur le thème du pardon, tout d'abord devant la *Confrérie remonstranten Vrijburg* d'Amsterdam, puis dans la basilique catholique Saint-Walbourg d'Arnhem. Je ne suis pas spécialiste en la matière. Le droit pénal auquel j'ai consacré la majeure partie de ma vie active, vise en général un objectif opposé, à savoir faire payer pour le méfait commis. C'est donc en premier lieu une certaine fascination personnelle qui est à l'origine de l'intérêt que je porte au pardon.

Ne pas pardonner peut avoir un effet paralysant, pour l'auteur du méfait comme pour sa victime. Dans sa conférence TEDx, que j'ai vue récemment, le musicien rwandais Jean-Paul Samputu donne un exemple très impressionnant, mais également encourageant de la force du pardon²⁰². Sous le titre « Le pardon, cette arme impopulaire », il évoque le génocide de 1994, au cours duquel ses parents, trois de ses frères et sa sœur ont été assassinés par son meilleur ami d'enfance. Après les faits, il était incapable de faire de la musique et ne trouvait plus aucun sens à la vie. C'est en pardonnant qu'il a pu mettre fin à cette période très difficile. Cela lui a permis, explique-t-il,

²⁰² Cette conférence TEDx donnée dans le cadre de l'Académie de droit international de La Haye peut être visionnée sur <http://youtu.be/gRVjFRXt1Mc>.

de se libérer de la prison de la haine et de l'amertume, de se délivrer de ses sentiments de vengeance. « Forgiveness is to leave from the prison of hatred » – Pardonner, c'est quitter la prison de la haine. Si on pardonne, c'est pour soi-même, nous dit Samputu, ce n'est pas pour l'auteur du méfait.

Le pardon est quelque chose de strictement personnel, qui dépend de la volonté de la victime. Il est difficile de l'intégrer dans un système pénal comme le nôtre, qui est, lui, fortement axé sur la responsabilité de la personne incriminée et arbore l'étendard de l'égalité juridique. En ce sens, le droit pénal est bien plus un instrument permettant de faire payer le coupable de façon raisonnée – ce qui est d'ailleurs très louable – et de répondre au besoin de savoir ce qui s'est passé et pourquoi. Il ne saurait pousser les victimes ou leurs parents à pardonner, même si certains d'entre eux affirment que cela les a aidés à reprendre leur vie en main, à cicatriser la plaie ouverte de la souffrance causée par le délit ; personne ne peut y être forcé.

On ne peut cependant que se réjouir de voir le droit pénal donner à la victime la possibilité, si cela est souhaitable, de prendre contact avec l'auteur des faits afin de répondre à l'infraction commise d'une façon plus constructive que par le simple châtement. À cet égard, la médiation, introduite dans le droit pénal néerlandais le 1^{er} janvier 2012, à l'article 51h du Code de procédure pénale, constitue une initiative déterminante. La loi prévoit désormais que le ministère public peut favoriser cette procédure entre la victime et le suspect. Si elle a débouché sur un accord entre les deux parties, le juge en tient compte dans la peine ou la mesure pénale qu'il impose. Il est même prévu que le ministère public encourage la médiation entre le condamné et la victime, si cette dernière le souhaite. Les premiers résultats de cette nouvelle disposition sont très prometteurs. Le tribunal d'Amsterdam s'est placé, en 2012, à la pointe de cette évolution : dans 70 % des affaires qu'il a sélectionnées pour la médiation, les parties sont parvenues à un accord et le juge a pu s'abstenir d'infliger une peine.

Je pense que toutes les personnes concernées, auteurs des méfaits et victimes, ont alors quitté le tribunal le cœur plus léger et plus satisfaits que si la voie traditionnelle avait été suivie. La médiation permet en effet à la personne incriminée d'expliquer ce qui l'a poussée à agir, d'exprimer ses regrets et de s'entendre avec la victime sur des mesures visant à la dédommager du mieux possible.

Le droit pénal est une des principales réponses de la société à la criminalité. Dans de nombreux cas, c'est cette voie qui s'impose, car il faut montrer que l'acte commis est inacceptable, que la norme doit être consolidée, même si la victime a pardonné à celui qui en est l'auteur. Mais nous ne devons pas perdre de vue que cette réponse n'est pas dépourvue de

lacunes. Car le droit pénal n'offre pas aux personnes concernées tout ce dont elles ont besoin pour pouvoir reprendre convenablement leur vie en main.

Six tribunaux participent actuellement à un grand projet pilote de médiation, dont les conclusions s'appuieront sur l'expérience tirée du traitement de 400 affaires. Le bilan intermédiaire que m'a fait parvenir Madame Van der Does, juge à Amsterdam, est à nouveau très encourageant.

Les projets de ce type fournissent des informations précieuses sur les aspects tant positifs que négatifs de la médiation judiciaire dans la pratique. Le GEMME est un excellent forum pour partager ce savoir et tirer des enseignements des expériences des pays étrangers, en s'intéressant tout particulièrement aux dispositions légales qu'ils ont adoptées. Car la médiation ne pouvait prétendre être une solution, même partielle, aux conflits intervenant dans divers domaines du droit, que si elle pouvait s'appuyer sur des bases légales, ou du moins si les obstacles juridiques étaient éliminés. Mais il faut aller au-delà de la législation et se concentrer sur les véritables problèmes et solutions. Porter notre regard au-delà de nos frontières est, là aussi, très instructif, mais au lieu de limiter ces échanges aux seules « bonnes » pratiques, je plaiderai aujourd'hui pour considérer aussi celles qui se sont avérées « mauvaises », pour exposer clairement ce qui est efficace et ce qui ne l'est pas du tout. On pourrait envisager de demander à deux experts de chaque pays de présenter les « do » et « don't » de la médiation en se basant sur leur propre expérience. Ces recommandations pourraient se révéler très fécondes.

Ainsi Madame Van der Does m'a-t-elle informé récemment de la pratique actuelle au sein des tribunaux civils néerlandais. Elle a souligné l'importance d'une bonne analyse des conflits dans laquelle le juge se rend compte des intérêts et des sentiments sous-jacents. Cela peut contribuer à la réussite de la référence à la médiation. L'analyse des conflits fait partie du programme de formation des nouveaux juges à partir du 1^{er} janvier de cette année. Il s'agit d'une méthode qui vise à analyser les véritables problèmes qui sont à la base du conflit entre les parties. L'idée consiste en ceci que souvent les points de vue juridiques des parties déguisent des problèmes non juridiques. Il faut que le juge s'oriente vers ces problématiques, qu'il fasse évoluer le procès d'une procédure qui est axée sur l'intervenant vers une procédure qui place les parties au premier plan. Le juge écoute, fait parler les parties, n'apprécie pas encore. Il s'interroge sur le point de savoir s'il peut contribuer à une meilleure coexistence des parties dans le futur. Il permet aux parties concernées de s'engager dans un véritable processus équitable, c'est-à-dire qu'il leur offre la possibilité de se faire entendre. Ceci signifie qu'il va au-delà des notions juridiques. Si le juge conclut que ces parties sont capables de résoudre leurs problèmes avec l'assistance d'un médiateur, il envoie l'affaire en médiation. C'est pour cette raison que les juges civils

disposent désormais d'un bureau de fonctionnaires spécialisés ayant pour tâche d'aider les parties à trouver un médiateur et de rendre compte de l'avancement du processus au juge et aux autres personnes concernées. Ils ont de la sorte une large part dans le succès de cette voie nouvelle dans le règlement des affaires civiles. L'intégration de la médiation dans la justice favorise son acceptation et concourt à son succès. Madame Verkleij, juge à La Haye et président d'un groupe d'experts sur la résolution de conflits, peut en attester.

Je terminerai mon exposé avec Aharon Barak, l'ancien président de la Cour suprême israélienne, qui considère que le droit comparé est comme un échange de vues avec un ami expérimenté. Il aiguise la réflexion, élargit l'horizon et sert de miroir pour mieux comprendre son propre droit²⁰³.

Ces mots ne s'appliquent pas seulement au droit en tant que tel, mais aussi à l'expérience pratique des personnes dont l'outil de travail est le droit.

²⁰³ A. Barak, *Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy* : *A Reply to Justice Scalia*, discours prononcé à l'occasion de la convention Fulbright, 29 janvier 2006.

Allocution de Madame Claudia Bandion Ortner

Ancienne ministre de la Justice d'Autriche

Tout d'abord, je souhaite vous remercier pour cette invitation à cette conférence avec cet ordre du jour si chargé, et bien sûr adresser à GEMME mes vœux les plus sincères pour son anniversaire : *happy birthday !*

Je me sens très bien parmi vous parce que j'ai également été juge pendant 15 ans. J'ai été juge au pénal, et évidemment, dans le cadre de ces fonctions, on est peu familier de la médiation, et relativement peu intéressé par ce phénomène. Mais par la suite, j'ai été nommée ministre de la Justice, et je dois bien vous avouer que c'est un sujet qui m'a intéressée de plus en plus, parce que par le biais de la médiation, on peut réaliser des économies, on peut économiser des ressources.

Vienne, en Autriche, était évidemment un lieu privilégié pour la résolution des conflits, pour le débat ; peut-être est-ce en raison du caractère des Autrichiens ? Peut-être est-ce aussi pour nos bons vins, qui sait ? C'est en tout cas une raison pour laquelle nombre d'organisations internationales ont décidé de placer leur siège à Vienne. Il n'est pas non plus surprenant que l'Autriche ait été l'un des premiers acteurs dans le domaine de la médiation. Bien longtemps avant la directive, nous avions déjà un cadre juridique très complet qui encadrait la médiation. Nous avons des règles claires et concises, et quand la directive est apparue, il nous a suffi de la mettre en œuvre de façon très limitée, en particulier pour ce qui concernait la médiation transfrontalière.

Pourquoi le droit autrichien est-il, de mon point de vue, si particulier, si distinct ? Je voudrais vous parler d'un certain nombre de problèmes. Comme vous le savez peut-être, nous disposons d'une liste de médiateurs, nous avons un système d'enregistrement des médiateurs auprès du ministère de la Justice, et pour être admis à ce registre des médiateurs, il faut obtenir 200 à

300 unités de valeur théorique et entre 100 et 200 unités de valeur de pratique. Bien entendu, il faut également se conformer à tout un ensemble de critères et respecter un certain nombre de devoirs. Cette liste permet de garantir une certaine qualité chez les médiateurs et, évidemment, fonde la confiance du public dans la médiation comme alternative viable au procès.

Depuis environ deux ans, nous avons en Autriche un projet qui concerne différents tribunaux ; par exemple, au tribunal de commerce ou dans les tribunaux du travail, la possibilité pour le juge de mettre fin à l'instance ou de la suspendre, de faire intervenir le médiateur dans la salle d'audience et d'engager un dialogue. J'ai entendu dire que cela fonctionnait extrêmement bien dans les tribunaux de commerce et cela permet évidemment d'économiser de l'argent, des ressources, mais aussi de gagner du temps puisque la médiation est plus brève qu'un procès.

En droit de la famille, domaine dans lequel la médiation fonctionne particulièrement bien en Autriche, l'État alloue une subvention dont le montant dépend du revenu de la famille, et a pour effet de ramener le coût d'une médiation familiale dans une mesure qui n'excède pas 20 €.

Il est très intéressant de noter qu'en Autriche, comme en Allemagne ou en Suisse, une journée annuelle de la médiation est organisée le 18 juin, dont l'objet est, bien entendu, la sensibilisation à ce processus. Cette journée est l'occasion d'organiser un certain nombre d'activités en rapport avec la médiation ; par exemple, des *choper** médiations, concept assez difficile à traduire, il s'agit en quelque sorte de sessions d'essai de médiation.

Il y a quelques mois, l'ancien ministre slovène et moi-même avons décidé de mettre en place une plateforme d'anciens ministres de la Justice et d'anciens vice-ministres. Cette décision est née de la conviction que nos connaissances, notre expérience et notre réseau doivent être mis à profit. Un grand nombre d'anciens collègues se sont immédiatement montrés intéressés : nous espérons vivement que nous allons pouvoir lancer ce réseau à l'automne. Ce projet trouve son origine dans l'excellente coopération qui s'est instaurée entre nous, quand nous exerçons nos fonctions ministérielles, en particulier dans les réunions du conseil de l'Union européenne, et nous sommes persuadés que la voix de cette plateforme peut porter principalement dans le domaine des affaires de justice et des droits de l'homme et, naturellement, au profit du sujet sur lequel nous penchons, la médiation. Ce n'est pas un hasard puisque la médiation a un sens universel et que c'est un formidable outil d'harmonisation des différents systèmes juridiques. La médiation voyage aujourd'hui sans passeport, cela fonctionne. C'est une justice à visage humain.

Évidemment, la médiation a été déclarée priorité politique, mais il reste beaucoup à faire pour que la médiation soit plus visible et plus attractive. Vous le savez, les économies sont la règle dans la plupart des pays. C'est un

problème majeur, puisque l'insuffisance de financement a un impact extrêmement négatif sur la médiation.

Notre plateforme pourrait éventuellement donner de la voix, et attirer l'attention des gouvernements sur les risques et les conséquences encourus du fait d'une recherche d'économies au mauvais endroit. Comme nous le savons tous, bien que la médiation permette d'économiser de l'argent, elle risque d'être sous-utilisée si les États ne lui apportent pas un soutien financier. Mais je pense que ce n'est pas simplement une question d'argent mais aussi, peut-être, une question d'établissement de normes communes et peut-être d'un cadre européen commun. La directive n'est qu'une première étape dans cette direction.

Il faut également que nous puissions mener une campagne de sensibilisation commune. Pourquoi ne pas célébrer la journée de la médiation partout en Europe ou dans le monde ? Je laisse cette idée à votre réflexion.

Pour conclure, je vous dirai que je suis actuellement secrétaire générale d'une organisation internationale de création très récente, qui s'appelle KAICIID ; c'est le centre international pour le dialogue interculturel et interreligieux du roi Adbel Aziz. Le siège de cette organisation est situé à Vienne, et il s'agit d'une fondation qui regroupe des personnes issues de différentes religions pour entretenir un dialogue entre cultures différentes et religions différentes. Nous avons pour l'instant trois États membres : l'Autriche, l'Espagne et l'Arabie saoudite, un mélange intéressant, et nous comptons aussi le Saint-Siège en qualité d'observateur fondateur.

Nous voulons dans ce cadre utiliser la médiation dans le domaine de la paix. Pourquoi simplement réserver cela au droit de la famille, du commerce ? Pourquoi ne pas utiliser la médiation dans la résolution des conflits mondiaux ? Nous recherchons des experts dans ce domaine, des experts du dialogue et de la médiation interculturelle. Si vous connaissez quelqu'un qui serait intéressé, n'hésitez surtout pas à me contacter. D'ailleurs, nous vous invitons à Vienne, n'hésitez pas ; et si vous répondez à cette invitation, peut-être que je vous offrirai un verre de vin...

Allocution de Monsieur Ales Zalar

Ancien ministre de la Justice en Slovénie
Président du Centre européen pour le règlement des conflits

Je suis tout à fait ravi d'être parmi vous et souhaiterais tout d'abord féliciter GEMME à l'occasion de cet anniversaire. J'ai eu l'immense honneur de faire partie de GEMME il y a un certain nombre d'années. Je fête donc personnellement cet anniversaire. J'ai été appelé par mon amie Béatrice pour vous dire quelques mots sur l'avenir de la médiation pour ce qui concerne les applications en ligne.

J'ai accepté, malgré mes connaissances limitées en cette matière, parce qu'il y a un vieux dicton qui dit : « Il est bien plus risqué si l'on ne sait pas ce qu'on ne sait pas, que si l'on sait ce qu'on ne sait pas. » Donc, je sais que je ne sais pas grand-chose sur la résolution de conflit en ligne. Toutefois, j'ai commencé à réfléchir et à me demander où je pourrais trouver peut-être une bonne documentation ou des grands témoins, susceptibles de pouvoir partager avec moi leur expérience et leur connaissance.

Alors, j'ai essayé de faire un PowerPoint.

Évidemment, nous avons eu toutes sortes de problèmes techniques. Vous verrez que si vous souhaitez être un médiateur qui s'occupe des technologies modernes de l'information, il faut bien y penser, savoir si c'est une technologie qui est susceptible de marcher et si vous êtes capables de l'utiliser. Donc, j'essaie d'utiliser ce terme de *Online Dispute Resolution (ODR)*, résolution des conflits en ligne, qui est bien entendu quelque chose de plus large que simplement la médiation sur Internet. Il me semble qu'il est évidemment quasiment inévitable d'utiliser ce terme, parce que vous verrez tout à l'heure que même la médiation avec des systèmes en ligne, avance dans des directions opposées : on a une direction qui est celle d'un processus hybride, où la médiation n'est qu'un seul volet de la résolution des conflits.

Vous savez tous que quand on parle de technologie moderne de l'information, on peut parler de barrière : il y a l'Internet, l'Intranet, l'Extranet, des « Nets » divers et variés qui sont tous reliés les uns avec les autres. Y a-t-il quelqu'un dans cette salle qui n'ait pas actuellement dans sa poche ou dans son sac, un appareil portable, iPhone, iPad, tablette. Nous sommes tous connectés. C'est une réalité. Ce n'est pas l'avenir, c'est le présent.

C'est pour cela qu'il nous faut bien réfléchir à des moyens de trouver un lien utile entre ces technologies que nous utilisons au quotidien et ce processus de résolution des conflits. Nous utilisons à la fois des réseaux avec des réseaux filaires et des réseaux sans fil. Nous utilisons des systèmes de communication interactifs comme le mail, ou non interactifs comme les sites Internet statiques.

Nous devrions donc prendre en compte le fait que les modes interactifs ou non interactifs de communication pourraient nous aider techniquement dans le domaine de la résolution des conflits. Il faut aussi garder à l'esprit que quand on parle de communication en ligne, on parle d'une réalité virtuelle, puisque quand j'envoie un mail à quelqu'un, je ne suis pas à 100 % sûr de l'endroit où mon mail va aboutir. Donc, il serait possible de créer évidemment des identités virtuelles. Il est possible de se trouver dans un lieu ou dans un temps différent. La grande question est donc : est-ce qu'on communique avec le bon interlocuteur ? Est-ce qu'il s'agit du véritable interlocuteur ? On pense qu'on communique avec quelqu'un, mais est-ce que c'est quelqu'un qui n'existe pas ? Est-ce un personnage de fiction ? Évidemment, ce sont des préoccupations qu'il nous faut tous avoir à l'esprit, quand on parle de résolution des conflits en ligne.

Cet aspect virtuel est quelque chose qui nous donne évidemment des opportunités immenses de développer de nouvelles approches sur l'intervention dans le domaine des conflits. Actuellement, nous savons tous que la résolution des conflits en ligne est un système qui est en particulier présent dans un certain nombre de mécanismes de résolution des conflits pour les consommateurs et qu'il existe déjà un certain nombre de systèmes, en particulier aux États-Unis, où ils ont la capacité de traiter, non pas des milliers, non pas des centaines de milliers, mais des millions de conflits par an. Environ 16 millions de conflits de consommateurs transitent par les systèmes de ODR. Il existe donc un avenir pour ce type d'intervention dans les conflits.

Pour ce qui concerne la nature du processus de résolution des conflits, dans les systèmes en ligne, l'arbitrage semble prévaloir par rapport à la médiation, et il est assez souvent utilisé dans des conflits qui traitent de nom de domaine, de propriété intellectuelle, de commerce en ligne, de commerce mobile. Il s'agit donc des zones dans lesquelles on voit des systèmes qui

existent déjà et qui ont été créés pour servir dans le processus de résolution des conflits.

Dans une certaine mesure, ces systèmes de ODR peuvent être également reliés à des applications d'intelligence artificielle pour que les ordinateurs eux-mêmes puissent savoir ce que nous faisons en tant qu'être humain comme médiateur aujourd'hui, et donc c'est un des aspects très importants sur lequel il faut nous pencher et tenir compte, quand on essaye d'imaginer la direction qu'il faut prendre.

Il existe déjà des applications de médiation en ligne dans un certain nombre de pays, ou pour certains, des processus de résolution. Peut-être que je me trompe, mais il me semble que c'est vraiment une forme de médiation par navette, c'est-à-dire des allers-retours de mails. Je travaille actuellement au Centre européen de résolution des conflits qui est une fondation privée, au sein de laquelle nous développons des systèmes de résolution de conflit en ligne pour des conflits de consommateurs, mais cela marche essentiellement par courriel. On utilise quand même du matériel pour la collecte, la récolte de documents, on peut scanner les documents, on les envoie par mail, il faut les protéger, etc. Actuellement, il semblerait que ce système de médiation par navette, par aller-retour de mails, soit l'essentiel du système.

Nous savons également que, dans presque tous les pays, on voit des systèmes qui dans une certaine mesure utilisent déjà les technologies modernes dans la résolution des conflits. Cela peut être quelque chose qui ne soit pas forcément limité à la ODR, cela peut être quelque chose qui fasse partie déjà du système juridictionnel. Il existe déjà les communications par téléphone dans les tribunaux, les sites Internet qui permettent un accès et qui permettent de télécharger un certain nombre de formulaires, que l'on remplit et que l'on peut renvoyer. C'est quelque chose dont nous disposons déjà. Nous pouvons déjà aussi payer des frais et dépenses en ligne. D'une certaine façon, les technologies de l'information sont déjà présentes, mais on ne peut pas vraiment dire que l'on a particulièrement développé les systèmes de résolution de conflit en ligne.

Ce qui est intéressant, c'est qu'il semblerait que l'on devra permettre d'augmenter l'attraction que pourraient avoir des systèmes hybrides.

Qu'est-ce que j'entends par système hybride ?

Cela peut vouloir dire beaucoup de choses. Il peut y avoir une association ou une fusion de différents processus de médiation et d'arbitrage, différentes combinaisons de systèmes divers. On pourrait aussi simplement associer des styles d'intervention différents au sein d'un même processus puisque les très bons médiateurs doivent savoir comment gérer les approches de facilitation ou les approches d'évaluation en fonction des attentes des parties. On peut encore associer ces modes d'intervention aussi au sein du même processus.

« Hybride » est quelque chose qui décrit aussi la situation dans laquelle une ou plusieurs personnes peuvent jouer un ou plusieurs rôles. Donc, une

association de plusieurs rôles, intelligence artificielle et intelligence humaine, pour certaines affaires. Vous connaissez peut-être le système à travers lequel l'ordinateur peut aider les arbitres ou les médiateurs à gérer les conflits. Ce système n'est rien d'autre qu'une invitation émise par l'ordinateur aux deux parties de soumettre leurs offres.

S'il s'agit d'un conflit d'ordre monétaire, quelle est votre offre ? Que proposez-vous à la partie adverse ? En l'espèce, vous pouvez peut-être considérer qu'un accord peut être conclu sur un chiffre. Si l'une des parties envoie une offre et l'autre partie une autre offre, l'ordinateur peut calculer la moyenne et faire une proposition monétaire. Ce système a été développé et est utilisé dans un certain nombre de grandes entreprises,

Par exemple, GÉNÉRAL ELECTRIC l'utilise de façon tout à fait intéressante. Cela a l'air sophistiqué, mais en fait, c'est basé sur le principe du *quiz*, modèle de l'ultra simplicité. C'est l'association d'une négociation et d'un arbitrage final.

Ici, nous avons aussi un certain nombre d'informations sur ce système de sorte d'enchères à l'aveugle.

Comment peut-on associer les technologies modernes avec les processus de résolution des conflits concrets ? Comment peut-on associer l'intelligence humaine et l'intelligence artificielle ? Pour ce qui concerne ce qui se passe dans les tribunaux, les systèmes de ODR, il peut également y avoir des systèmes hybrides. Je crois que l'évaluation des affaires par ordinateur est un système intéressant puisqu'on exige des parties qu'elles participent à des évaluations mutuelles en amont, avant le procès lui-même. Dans le cadre de ce processus, l'évaluateur évalue précisément la probabilité d'une issue favorable pour l'une ou l'autre des parties. Si les parties n'acceptent pas cette évaluation et décident de se rendre devant les tribunaux et que la décision est plus favorable, si elle est 10 % supérieure ou inférieure à l'évaluation, on considère que la partie qui a rejeté l'évaluation doit payer l'ensemble des frais de justice, quelle que soit la partie qui gagne. Ainsi, on voit que cette évaluation en amont associée à la médiation, peut être un modèle d'avenir.

D'ailleurs, dans notre association, nous développons ces hybrides dans les conflits commerciaux. C'est la solution la plus attirante en Slovaquie, bien plus que la médiation, pour les litiges commerciaux, parce que les *managers* et grands patrons veulent avoir une expérience du monde judiciaire.

C'est une proposition très séduisante. Une fois qu'ils ont compris que leur perspective devant les tribunaux est de 60 % de chances de gagner tout ce qui a été demandé devant les tribunaux, ils se disent qu'il est peut-être temps d'avoir recours à la médiation. Ils se tournent alors vers la médiation. À l'avenir, la combinaison de cela, de cet INI système électronique assisté par des ordinateurs pourrait peut-être être utile, c'est-à-dire que l'ordinateur

évaluerait les prétentions des deux parties. D'ailleurs, il y a un projet qui envisage le même type de vision.

Il y a des inconvénients, dont certains sont bien connus.

Il est peu probable que les systèmes de résolution en ligne seront acceptés par ceux qui ne sont pas familiers de l'informatique. Si l'on n'a plus recours à un médiateur, on perd la communication non verbale, gestuelle, etc., qui peut exprimer beaucoup de choses. D'un autre côté, cela peut être considéré comme un avantage, particulièrement quand on veut éviter une intimidation ou que l'on veut surmonter des barrières ou blocages émotionnels. Il y a donc des avantages et des inconvénients, comme dans n'importe quel système.

Pour les différentes étapes de la résolution de litige en ligne, la plus importante est bien entendu celle du contact initial où l'on peut utiliser les différents moyens de communication, premier courriel, premier contact, première évaluation de l'affaire, du litige avec des *check-lists*, des questionnaires, etc. Ce serait la première étape où l'on pourrait développer des outils informatiques.

Plus tard, pour ce qui concerne le processus lui-même, on peut produire des vidéos. Les médiateurs, par exemple, peuvent produire en vidéo les propos liminaires à la médiation en ligne. On peut utiliser Skype, des vidéoconférences.

Je voudrais conclure en mettant l'accent sur un certain nombre d'éléments qui sont nécessaires et qui devraient être pris en compte par des institutions telles que GEMME. Qu'en est-il de la qualité de ces fournisseurs de service ? Qu'en est-il des compétences, des connaissances et de l'éthique ? Il faut nécessairement le prendre en compte quand on utilise ces systèmes en ligne. Évidemment, il y a un certain nombre de points ici qui doivent vraiment être pris en compte, il faut une accréditation spécifique et il en va de même pour les compétences.

Les compétences, par exemple, de collecte d'informations sur Internet, sur la définition du litige, sur les moyens de communication de ce système, comment permettre des négociations en ligne entre les parties elles-mêmes : parfois en tant que médiateur, les parties disent : « Veuillez quitter la pièce s'il vous plaît, nous voulons négocier directement. »

Il en va de même dans un système en ligne. Comment permettre aux parties, comment même

conseiller aux parties de dialoguer entre elles ? Un grand nombre de problèmes doivent donc être pris en compte.

Il en va de même également du point de vue éthique, pour les professionnels qui travailleraient en ligne, ils utiliseraient les normes NADRAC : c'est le Conseil national australien de l'ODR, qui produit des modes de résolution alternatifs et un certain nombre de directives. Je vous

conseille fortement d'ailleurs leur site Internet, on peut apprendre beaucoup des Australiens.

On peut terminer avec la règle d'Adam Smith : « Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du brasseur ou du boulanger que nous attendons notre repas, mais de leur propre vision et intérêt à eux. »

Finalement, peu importe qu'on aille dans un arbitrage ou une médiation classique ou en ligne, il faut toujours prendre en compte ses propres intérêts et en l'occurrence, les intérêts des parties au litige. Il faudra évidemment que ces solutions répondent à leur besoin et pas l'inverse.

Pour un règlement optimisé des litiges – Compte rendu de l'enquête auprès des entreprises

Isabelle Vaugon
Avocate

Ce n'est pas au nom de toutes les entreprises françaises que je vais m'exprimer, mais à l'appui d'une enquête que j'ai réalisée au sein du cabinet FIDAL. Je suis pour ma part avocat et médiateur. Il s'agit d'une enquête que nous avons réalisée en partenariat avec l'*American arbitration association*. Nous en avons publié deux.

Je vais essayer d'en donner une teneur très résumée ce soir. Deux enquêtes ont été réalisées, l'une en 2009 et l'autre en juin 2013, qui ont le mérite d'être le résultat d'interviews que nous avons faites auprès d'entreprises françaises et qui portent la voix de ces entreprises sur leur intérêt d'utiliser la médiation.

Sur l'enquête de 2009, j'en ai extrait cette substance qui me semble la plus importante. Nous avons réalisé cette enquête avec cette institution américaine, parce qu'on se disait à l'époque que si la médiation marche aux États-Unis, elle intéresse les entreprises nord-américaines, mais pas nécessairement les entreprises françaises. Les résultats de cette enquête réalisée auprès de 70 entreprises, toutes tailles et secteurs confondus, montrent bien que les entreprises françaises ont exactement le même intérêt que les entreprises outre-Atlantique à utiliser la médiation puisque 85 % des répondants indiquaient qu'elle permettait de gagner du temps. Comme on l'a beaucoup dit aujourd'hui, la moyenne de durée de résolution des litiges est de deux mois plutôt que plusieurs années.

Les entreprises expliquaient bien entendu que cela leur permet de gagner de l'argent, mais je pense que le chiffre le plus important, c'est que 85 % d'entre elles indiquaient que cela leur permettait surtout de préserver la

relation d'affaires : pour certaines, avec une application pure et simple du contrat et pour 15 %, une modification du contrat, si effectivement il s'avérait que la dispute portait sur le fait qu'en cours d'exécution les dispositions du contrat devenaient trop compliquées à appliquer. Mais le chiffre le plus intéressant était que 38,5 % d'entre elles indiquaient que cela leur avait permis de rentrer dans une nouvelle relation d'affaires, et donc de créer des opportunités et donc du chiffre d'affaires entre elles, ce qui est quand même par définition une des préoccupations majeures de l'entreprise.

On voyait à l'époque que seulement 39 % des entreprises françaises interrogées pratiquaient la médiation, tandis que 85 % des entreprises américaines interrogées dans l'enquête américaine préalable la pratiquaient. On voyait un même intérêt, mais une utilisation bien moindre encore en France.

C'est la raison pour laquelle nous avons réalisé une deuxième enquête publiée en juin 2013. Nous l'avons réalisée auprès de 14 grandes entreprises françaises. Certes, elles ne représentent pas l'ensemble des entreprises françaises quand on sait que 80 % du tissu entrepreneurial français est composé de PME ou de TPE. En l'espèce, on parle de très grandes entreprises internationales qui disposent d'un service juridique assez étoffé, raison pour laquelle elles sont plus investies que les autres dans ce domaine.

Il est intéressant de voir que quatre ans plus tard, ces entreprises rappelaient qu'en face d'un litige, leur objectif principal était de préserver la relation d'affaires : cela veut dire qu'aller en contentieux n'était pas un objectif, au contraire. C'est le second point de ce résumé. Le recours au contentieux pour les grandes entreprises aujourd'hui en France est vraiment l'ultime recours. Aller en contentieux, c'est quand on n'a pas pu se mettre d'accord, que ce soit par négociation directe, par médiation ou d'autres outils. C'est une préoccupation majeure.

Pour cela, les entreprises – la première partie de cette enquête de 2013, le démontre – ont même réorganisé le fonctionnement de leur direction juridique pour faire en sorte d'être beaucoup plus proches des services opérationnels et de détecter de cette manière, même pas les litiges mais les tensions, pour que justement elles ne dérapent pas en litige, voire en contentieux, mais que les juristes interviennent même en amont pour trouver une solution avec les opérationnels.

Il est intéressant de souligner que cette enquête révèle, en termes de gestion des litiges, que des entreprises ont mis au point des logiciels pour permettre d'identifier les contentieux ou les prévenir, notamment par un ensemble de modèles types de clauses adaptées au contrat et qui tirent leur enseignement des échecs passés. Lors de la survenance d'un litige, toutes ces grandes entreprises utilisent majoritairement ce que l'on appelle les *case evaluations*, qui permettent de prendre en considération toutes les

dimensions des litiges. Elles réunissent les opérationnels, les juristes, comme l'ensemble des filiales concernées dans le groupe par le litige pour éviter que celui-ci ne pose un problème de manière ample à l'intérieur du groupe.

Ces entreprises, qui sont tout à fait convaincues de l'intérêt de la médiation, confirment inclure des clauses de médiation dans leur contrat. Les clauses de médiation sont un minimum, c'est-à-dire qu'aujourd'hui, la clause de médiation précède la clause de résolution des litiges et, dans les contrats complexes, ces clauses peuvent être assorties aussi de clauses de *dispute board*, d'expertise amiable ou autres outils de modes alternatifs de règlement des litiges à l'amiable.

Il est intéressant de souligner que certaines, les plus avancées – je citerai, par exemple, la société THALES, puisque nous avons tous ces grands groupes aujourd'hui – à l'instar des entreprises américaines, indiquent que 80 % de leurs litiges sont résolus par la médiation. On a donc réussi dans ces grandes entreprises françaises à atteindre exactement les mêmes niveaux de traitement de la médiation que ces pourcentages américains que nous avons dans notre première enquête, mais toutes indiquent que la manière dont elles ont pu développer la médiation en interne s'est faite par des exemples réussis de médiation. Toutes expliquent, puisqu'on parle de directions juridiques interviewées, que les premières personnes réticentes à aller en médiation sont les opérationnels, parce qu'effectivement, ils sont investis émotionnellement dans le litige, et donc rechignent à aller en médiation. Mais ils sont les premiers lorsque les médiations ont réussi à en faire la publicité au sein de l'entreprise, pour dire : « On n'imaginait pas que l'on puisse se mettre d'accord, mais la médiation a été un outil très utile. »

Entre 2009 et 2013, la plupart de ces directions juridiques se sont formées à la médiation. Il y a une sensibilisation, une compréhension du processus répandue dans l'ensemble de ces juristes. Aujourd'hui, on assiste aussi à un développement des formations auprès des opérationnels également. Des formations se font de manière mixte avec des gens qui sont aussi bien du service juridique que du service opérationnel pour accroître la communication entre les équipes et implémenter cette culture de la médiation, y compris chez les opérationnels qui sont les plus concernés par les difficultés, puisque bien entendu ce sont eux qui sont en face des interlocuteurs de l'entreprise.

L'enquête de 2013 révèle aussi que toutes ces entreprises n'imaginent plus travailler avec des avocats qui ne seraient pas eux-mêmes formés à la médiation et qui proposeraient la médiation. D'ailleurs, nous avons fait un colloque de présentation de ces résultats auquel Madame le bâtonnier Feral Schulh était venue témoigner pour rappeler qu'à Paris, une école de la médiation a été créée avec un cursus très approfondi pour que les avocats eux aussi soient formés à la médiation et deviennent médiateurs. C'est un

mouvement aujourd'hui inscrit en France de manière très importante et qui est une très bonne chose, puisqu'effectivement, elle correspond à l'évolution de notre profession et à ce besoin demandé par les utilisateurs de ces outils.

Ce qui est intéressant aussi, puisqu'on l'a déjà beaucoup dit lors de ces deux jours, la médiation apporte des solutions qui ne sont pas que juridiques, mais beaucoup plus opérationnelles : il est important de voir que les litiges maintenant sont traités au sein de ces directions juridiques, non plus seulement par le service juridique, mais par des équipes pluridisciplinaires. L'analyse du dossier se fait avec des financiers, des opérationnels, des techniciens, juristes, et toute la dimension du litige est prise en compte ainsi que toute la dimension des solutions possibles qui peuvent être apportées dans le cadre de la médiation.

Plusieurs de ces entreprises ont commencé – c'est un mouvement récent, mais important, je pense à souligner – à évaluer le coût des litiges et à imaginer les économies de coût qu'elles pourraient faire en traitant l'ensemble de ces litiges par la médiation. Notamment, l'une d'entre elles a expliqué qu'en prenant son portefeuille de contentieux et en imaginant que 40 % de ces portefeuilles seraient traités par la médiation, et pas 100 % puisque tous les dossiers n'ont pas à aller en médiation, c'est une économie de coût de l'ordre de 2 M€ que cela permettrait de réaliser dans l'année.

Ceci est loin d'être insignifiant, sachant que n'était pas prise en compte la valorisation que pouvaient apporter les solutions de médiation par la création de nouveaux partenariats et de nouvelles affaires que l'on voit très souvent surgir dans des résultats de médiation. En qualité d'avocat ou médiateur accompagnant les entreprises en médiation, j'ai souvent vu de nouveaux contrats portant des centaines de milliers d'euros, voire des millions, se réaliser à l'issue d'un processus de médiation, ce qui n'est pas imaginable dans un contentieux judiciaire classique dans lequel forcément les parties repartent fâchées et dos à dos.

Il est intéressant aussi de souligner que toutes ces entreprises témoignent que cette évolution de leur pratique de gestion des contentieux leur a été impulsée déjà par une pression du *management* qui, sans doute du fait notamment aussi de la crise, sollicite de la direction juridique à la fois de réduire les coûts, mais aussi d'être un garant de la marche de l'entreprise. Selon plusieurs témoignages, il n'appartient pas à l'entreprise, comme métier, de gérer des contentieux mais de faire des affaires. Donc il faut que les contentieux ne durent pas longtemps et qu'on ressorte par le haut pour trouver une solution qui permette de préserver les intérêts économiques de l'entreprise. Cela a été évidemment une impulsion du *management*, mais aussi le besoin de gérer les litiges dans des délais raisonnables, assorti d'une préoccupation d'image. Plusieurs de ces directions juridiques ont pu affirmer qu'elles avaient aussi déployé cette utilisation de la médiation avec l'appui

tant de la direction financière, compte tenu des intérêts économiques que cela représentait, que de la direction du développement durable. Cette direction intègre souvent d'ailleurs dans les rapports de développement durable des entreprises l'utilisation de la médiation comme montrant que l'entreprise souhaite s'engager durablement avec ses partenaires, clients et fournisseurs dans sa relation d'affaires.

Il est intéressant d'indiquer que si la médiation ne s'est pas aussi vite développée en France qu'aux États-Unis, c'est selon elle, parce que de toute manière, le système judiciaire français, est tout à fait positif et offre des solutions concrètes. Tous les intervenants français sont très satisfaits du système judiciaire français. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ils ne souhaitent pas souvent, notamment dans les litiges domestiques, recourir à l'arbitrage. On voit qu'il y a une baisse de cette activité dans les litiges domestiques. En revanche, l'arbitrage reste nécessairement privilégié dans tout ce qui est relation internationale pour disposer d'une justice neutre. Je tiens à souligner, en particulier dans cette assemblée, que le système judiciaire français a été vraiment loué pour son efficacité.

En conclusion, je dirai que bien évidemment, cette enquête ne reflète pas, vous l'avez compris, puisqu'on ne parle que de grandes entreprises, la réalité du comportement des entreprises françaises, mais je pense qu'elle a pour intérêt de montrer que les grandes entreprises se sont clairement insérées dans un mouvement de développement de ces procédures de médiation, pour toutes les raisons que je viens d'invoquer. Elles ne manqueront pas de servir d'exemple auprès des plus petites entreprises, dont je peux témoigner déjà tant en ma qualité d'avocat que de médiateur, qu'on les voit de plus en plus aujourd'hui aussi recourir à ce processus dans le même but que les grandes entreprises.

Conclusion

La médiation : une mode ou un avenir ?

Ivan Verougstraete
Ancien président de Gemme

Gemme à la recherche de la justice

1. Ces quelques lignes sont écrites en insistant sur le fait que la réflexion porte sur le modèle d'Europe occidentale. Les techniques de solution des litiges et des conflits sont tellement liées à des aspects culturels et institutionnels qu'il serait présomptueux de formuler une perspective mondiale à ce sujet. Cela a été tenté par d'autres²⁰⁴, mais je me confinerai à des considérations plus modestes, limitées à l'Europe.

Gemme a, depuis sa constitution, été plus un instrument de la justice qu'un instrument de diffusion de l'idée de la médiation²⁰⁵. Justice et médiation ne sont pas antinomiques, bien au contraire, mais Gemme a, dès sa création par le président Canivet, été un instrument de réflexion sur l'optimisation de la justice. C'est dans cette perspective que ces quelques lignes sont écrites.

²⁰⁴ F.STEFFEK notamment dans son étude "Principled regulation of dispute resolution : taxonomy, policy, topics" in F.Steffek and H.Unberath, *Regulating dispute resolution – ADR and access to justice at the crossroads*, Hart publishing 2013, p. 33 sq.

²⁰⁵ Le site Web de Gemme a tenté de donner une information scientifique quant à la médiation et en particulier a tenu à présenter les textes législatifs dans leur langue et à publier des études objectives. Il caractérisait la volonté des pères fondateurs d'offrir aux magistrats et à la communauté scientifique une information précise et contrôlée, se distinguant des sites habituels vulgarisateurs.

« *Multi-door* » ?

2. Le schéma souvent présent à l'esprit des personnes favorables à la médiation est celui du système « multi-door » exprimé par le professeur F.E.A. Sander²⁰⁶. En fonction de divers paramètres, les personnes en conflit choisissent la voie la plus appropriée à résoudre le conflit. Aucune voie n'est exclue a priori : la négociation, la médiation, l'ombudsman, l'expertise, l'arbitrage, la voie juridictionnelle, ou d'autres formes hybrides, toutes sont des voies possibles et aussi respectables les unes que les autres.

Les législateurs européens se sont engagés partiellement dans cette voie. Un exemple récent en est donné par le législateur belge qui, par son tout nouveau Code de droit économique (livre XVI), a ajouté aux schémas de médiation classique la voie du recours à l'ombudsman en toutes matières touchant aux droits du consommateur. Le recours à ce type d'intermédiaire (qualifié de façon ambiguë par le Code de droit économique de « médiateur ») devient l'alternative principale à la voie judiciaire dans une multitude de litiges. D'autres pays ont suivi la même voie.

Admettre le schéma d'un grand portail ou de portes multiples – ce que font fréquemment les partisans de la médiation – met l'accent sur le libre choix du citoyen. L'idée sous-jacente est que les parties en conflit sont les mieux à même de choisir leur mode de résolution des conflits, et que si elles choisissent elles-mêmes la voie de la solution du litige, la solution sera d'autant mieux acceptée par elles.

Certaines voies (certaines portes) sont encore présentées dans cette optique comme optimales, par exemple, la médiation à l'américaine ou européenne, parce que la médiation renvoie en quelque sorte les parties à elles-mêmes et que la solution trouvée doit, par définition, plaire aux parties en cause.

Deux postulats

3. Cette perspective, qui est acceptée par les partisans de la médiation sans beaucoup de critiques, repose sur deux postulats.

4. Le premier postulat est que le système pluriel tel que conçu par les partisans de la médiation, est fondé sur l'idée que **les mécanismes de solution des conflits doivent pouvoir faire l'objet d'une régulation étatique**. C'est l'autorité publique qui détermine dans ce concept de quelle façon les conflits doivent être gérés et résolus, et ce, que ce soit au niveau local, régional, étatique, européen ou mondial. C'est l'autorité qui déterminera aussi comment les divers modes de solution des conflits

²⁰⁶ “Varieties of dispute processing”, 70 F.R.D. 79, 111-118. Voir aussi les commentaires de CARRIE J.MENKEL MEADOW, *Dispute resolution beyond the adversarial model*, Wolters Kluwer 2011, p. 24 sq.

interagissent entre eux. Par exemple, l'autorité déterminera les effets juridiques d'une médiation conventionnelle, les modalités d'exécution forcée d'un accord, etc.

Cette détermination se doit d'être transparente, démocratique et congruente avec les intérêts des citoyens, mais il n'en reste pas moins que la détermination résulte d'un choix sociétal exprimé par le détenteur du pouvoir. Le fait de réguler les modes de solution des litiges devrait idéalement aboutir à accroître la liberté, l'égalité et surtout l'effectivité de la norme. La norme effective est celle qui sert effectivement de modèle de comportement²⁰⁷. La liberté et l'égalité se réfèrent plutôt aux droits individuels, la notion d'effectivité a également une composante d'intérêt général.

Il est sans importance déterminante de savoir quelle autorité crée un système cohérent et intelligible de solution des conflits. Cette autorité peut relever du pouvoir judiciaire en combinaison avec le pouvoir législatif (comme cela a été le cas en Angleterre et au pays de Galles)²⁰⁸, de l'État central et du Parlement (selon le modèle français ou belge), ou encore de pratiques coutumières contraignantes.

Le constat que le pouvoir détermine le mode de solution des conflits – pour le plus grand bien des citoyens – ne dit encore rien en ce qui concerne le contenu de cette détermination. Certains croient que l'autorité normalement raisonnable et démocratique optera nécessairement pour le système « multi-door » et croient déceler dans tel ou tel système une preuve que cette option s'impose. C'est aller vite en besogne : un même mot, tel celui de « médiation », recouvre parfois des réalités radicalement distinctes que l'on a tendance à vouloir cacher, et la grande diversité des mécanismes alternatifs de solution des litiges existante, même en Europe, incite à la prudence quand on fait des comparaisons.

5. Ce premier postulat est parfois remis en cause²⁰⁹. Selon certains, admettre dès l'origine que le pouvoir peut tracer ce cadre pourrait être conçu comme une démission à l'égard du pouvoir. Dans la mesure où la légitimité du pouvoir, même en démocratie parlementaire, est mise en cause, ce n'est pas le pouvoir qui peut tracer les voies les plus appropriées pour trouver une solution au conflit. Comme l'écrit Gagnepain, « Vous commettez une erreur

²⁰⁷ F. OST, « Essai de définition et de caractérisation de la validité juridique », in *Droit et pouvoir*, Centre interuniversitaire de philosophie du droit, 1987, p. 106.

²⁰⁸ Voir p.e. *Hurst v Leeming*, [2001] EWHC 1051 ; *Leicester Circuits Ltd v Coates Brothers plc* [2003] EWCA (Civ.) 290.

²⁰⁹ Des constats empiriques tendraient à ne pas écarter d'emblée cette approche. En Angleterre, la médiation se trouve concurrencée non pas par la Justice d'État mais par le fait que la grosse partie des litiges civils se résout par la simple négociation, hors de tout cadre préétabli. Des tentatives de rendre la médiation obligatoire se sont heurtées à des échecs cuisants, notamment dans la Central London County Court (avec plus de 80 % d'opt out).

qui consiste à penser que cette liberté n'est pas vôtre, et c'est pourquoi c'est, ici encore, le même mépris fondamental de l'homme qui s'exprime »²¹⁰. La critique de Gagnepain porte sur la « légalisation » de la valeur et de l'intérêt, sur l'organisation de la valeur, la gestion des intérêts.

Il faut garder en mémoire cette critique qui veut arracher sa liberté au transcendant et la restituer à l'homme, notamment dans la solution du conflit. Pour la suite de cet exposé, nous supposons que le postulat est exact et qu'il appartient à l'autorité de déterminer les modes de solution des conflits.

6. Le second postulat est nettement plus complexe. La plupart des écrits consacrés à la médiation en Europe et aux USA sont fondés sur l'idée de **l'individualisme normatif**.

Dans ce concept, une loi (par exemple, qui régit le système de régulation des conflits) n'est juste que si elle est juste par rapport à tous les individus touchés par la norme. L'individu est la source, le paramètre et l'objectif d'une loi juste. L'intérêt général ne peut être pris en compte, dans cette optique, que s'il sert l'intérêt des individus. L'intérêt des individus n'est pas forcément contraire à l'intérêt général : les individus peuvent avoir un intérêt à la solidarité ou à la vie en société. Indiquer qu'une loi est juste par référence à l'ordre public ou à l'intérêt général, sans plus, ouvrirait dans cette approche la voie à l'absolutisme. La société doit être au contraire basée sur la liberté et l'égalité (en l'espèce : chaque personne ayant les mêmes intérêts doit pouvoir bénéficier, selon son choix, d'un accès égal au mode de solution du litige).

7. Une fois admis le principe, plusieurs conséquences en découlent.

La première est que l'individu est le premier responsable pour trouver la solution à son conflit. L'individu détermine quel est son intérêt dans la solution du conflit et choisit la voie la plus appropriée pour le résoudre. Le rôle de la puissance publique sera de fournir la boîte à outils aux diverses modalités privées de solution des conflits²¹¹. Selon cette logique, l'État devrait aussi donner un appui financier aux modalités privées de solution des litiges.

Dans cette même logique – celle où l'individu est en première ligne responsable de trouver la solution du conflit – l'État encouragera cette prise de responsabilité. Cet encouragement ira, selon certains, jusqu'à freiner la justice étatique lorsqu'elle est de mauvaise qualité...²¹²

²¹⁰ J.L. Lamotte, *Introduction à la théorie de la médiation – L'anthropologie de Jean Gagnepain*, de Boeck 2001, p. 100.

²¹¹ Par exemple, en édictant des règles quant à la confidentialité, l'homologation des accords pris.

²¹² P.e. en diminuant les traitements des juges, en diminuant leur nombre.

Une troisième conséquence est que la régulation, par définition légère, sera inspirée par l'analyse des intérêts pouvant être potentiellement affectés. Ces intérêts pourront varier d'une culture à une autre et donc aucun système ne doit être rejeté ou admis a priori. Le législateur sera amené, par une analyse des intérêts pouvant être affectés, à déterminer quelles actions doivent être mises à disposition des parties en conflit. Dans des conflits qui postulent, pour leur solution, la coopération d'autres que les parties immédiatement concernées, les modalités de solution seront plus complexes.

8. Cette façon de voir est somme toute assez orthodoxe. Les grands traités de protection des droits de l'homme (la CEDH, la Charte des Nations unies...) partent aussi de ce principe d'individualisme normatif et ce n'est donc pas surprenant que la médiation se soit imposée comme un mode acceptable de solution des litiges...

Un portail unique menant à des possibilités multiples ? ou pas de portail ?(multi door)

9. Le magistrat européen ne se sent pas forcément à l'aise dans ce modèle d'individualisme normatif. Le postulat selon lequel le mécanisme de résolution du conflit doit être dicté par l'intérêt individuel (ou par l'intérêt général compris dans le sens de la synthèse des intérêts individuels) ne peut être accepté sans nuance. Il sous-estime l'importance du maintien ou du développement d'un ordre social et politique dans une société donnée. Le législateur peut et doit sans doute²¹³ créer et soutenir des structures permettant des solutions alternatives des litiges, en particulier dans des cas où le système judiciaire n'est pas performant ou est extraordinairement coûteux. Le législateur européen a parfaitement compris ce rôle et a favorisé l'éclosion de telles réglementations dans tous les États de l'Union européenne.

Ceci a, non pas diminué le rôle du juge, mais au contraire l'a rendu plus riche en contenu.

Le juge doit essentiellement dire le droit et concrétiser la norme législative dans les cas particuliers. Si les considérations d'équité doivent sans doute être toujours présentes, même en cassation, il n'en reste pas moins que trouver la norme et l'appliquer avec intelligence et rationalité est son devoir premier. Le juge part d'ailleurs de la présomption intuitive que le législateur est un être rationnel qui savait ce qu'il faisait, et que la règle édictée par ce législateur doit être appliquée : la légitimité et la validité de l'action du juge sont ainsi assurées.

²¹³ Voir à cet égard I. Verougstraete, « Alternative dispute resolution and the rule of law », in *Liberiae cogitationes-Liber amicorum Marc Bossuyt*, Intersentia 2013, 865.

La multiplicité des normes (internationales, unionistes, fédérales, régionales, locales) et leur complexité ont rendu cet austère rôle du juge indispensable dans la société.

La doctrine a, notamment sous l'influence anglo-américaine, depuis longtemps nuancé cette façon de voir²¹⁴. Certains codes de procédure, notamment en Allemagne et en France, ont indiqué que concilier les parties pouvait aussi faire partie de leur tâche, ce qui est une ouverture significative.

10. Quel peut-être dès lors le rôle du juge à l'égard des mécanismes alternatifs de solution des conflits ?

Partant de l'idée que le juge assume pleinement son rôle de gardien de la norme et fermement de progrès de cette norme, il ne dédaignera pas pour autant les mécanismes alternatifs créés ou voulus par l'autorité. Bien au contraire, il stimulera le recours à ces mécanismes dans les limites indiquées ci-après.

De son point de vue, les mécanismes de résolution des conflits sont au nombre de deux : la solution juridictionnelle d'une part, toutes les autres solutions choisies par le justiciable d'autre part. Quand il concilie les parties, comme certaines législations lui en donnent la possibilité, il reste dans son rôle de juge et agit avec toutes les restrictions que cela implique²¹⁵ mais aussi avec tous les aspects d'autorité qui peuvent être utilisés pour faire progresser la conciliation.

Nous ne nous retrouvons pas dans le système du multi-door ou portail unique mais plutôt dans un système binaire où, à un certain stade de maturation du conflit, le choix est fait pour le juridictionnel ou pour le système alternatif avec la caractéristique du raisonnement binaire que si une voie est fermée, le citoyen peut avoir recours à l'autre voie.

11. Le juge a souvent un rôle clairement **défini dans la loi** en ce qui concerne les autres types de solution des litiges. Il fera respecter une clause de médiation, homologuera un accord, donnera des mesures d'appui (référé, audition de tiers, expertise). Quand la médiation devient obligatoire comme acte préalable à l'introduction de l'action²¹⁶, le juge devra évidemment veiller à ce que les parties ne se soustraient pas de façon illégitime à la médiation. La plupart des systèmes juridiques ménagent au juge un rôle dans le tri des affaires ou dans les incitations à accorder à la médiation. Définir de façon transparente les paramètres de renvoi à des solutions négociées, médiées ou arbitrées lui incombera souvent : il ne faut pas que l'on puisse lui

²¹⁴ Voir par exemple, A. Barak, *Judicial discretion*, Yale University Press 1989.

²¹⁵ Par exemple, le respect du contradictoire, le respect du principe dispositif (ce dernier principe a souvent un effet très négatif sur la solution des litiges et mériterait d'être revu).

²¹⁶ Voir sur ces effets, G.DI PALO, *Reboosting the mediation directive : assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, Eur. Parl. PE493.042.

reprocher un déni de justice ni que l'on puisse lui reprocher de ne pas tenir compte de l'intérêt des parties à une médiation.

Son devoir va parfois au-delà des missions spécifiques que lui confie le législateur. L'ampleur du devoir du juge de favoriser le déploiement des procédures alternatives sera directement fonction de l'état et de la qualité de l'autorité juridictionnelle. Si par exemple un État connaît des retards importants de fonctionnement au sein des Cours d'appel, les juges devront par exemple, veiller, dès le premier acte de procédure en première instance, dans des cas où une médiation semble appropriée, à ce que les parties soient non seulement informées au sujet de la possibilité d'une médiation, mais encore reçoivent l'espace nécessaire pour la mettre en place²¹⁷. Le droit au procès équitable garanti par la Convention européenne des droits de l'homme et par les constitutions nationales incite à la créativité. Ce sont des considérations de ce genre, tirées de l'inadéquation du système juridictionnel anglais, qui ont incité les juges de l'Angleterre et du pays de Galles à promouvoir la médiation par des organismes spécialisés.

²¹⁷ En respectant le caractère volontaire de la médiation.

Message de Fernando Paulino Pereira

Chef d'unité, responsable de la coopération judiciaire
en matière civile et commerciale
Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne
Président du groupe informatique du Conseil de l'Union européenne

Je vous présente mes excuses pour ne pas être, à Paris, à ce que je crois être un très important colloque sur la médiation. Lorsque je regarde le chemin parcouru depuis cinq ou même dix ans, alors que tous nous commençons à exercer en tant que médiateurs ou juges-médiateurs, je suis admiratif de l'important travail que vous avez fait. Je sais que je devrais être à Paris pour une intervention à une table ronde sur l'avenir de la médiation mais, malheureusement, cela n'a pas été possible pour moi, pour d'autres raisons professionnelles. Néanmoins, j'aimerais communiquer **trois idées principales** auxquelles nous croyons fermement, dont nous avons, je crois, besoin pour le futur de la médiation, à la fois en Europe, mais aussi dans le monde entier.

La première est évidemment relative à l'application de la réglementation UDA pour les litiges liés à la consommation. C'est un outil très important pour donner un règlement alternatif à la justice, aux personnes, aux consommateurs, nécessitant une protection. Ainsi, la nouvelle directive, qui devra être appliquée à partir de l'année prochaine, sera un outil de règlement alternatif pour les États membres pour exercer la médiation dans un cadre harmonieux à un niveau international.

La seconde recouvre le niveau européen mais également le niveau mondial. Comme vous le savez, il y a un nouveau mode qui est la négociation en ligne. Cette négociation est préparée dans le but de promouvoir le commerce électronique et de l'ouvrir sur le monde entier. L'idée est de négocier entre sociétés mais également entre les consommateurs et les sociétés. Depuis une récente loi, la protection des consommateurs est un grand problème pour la négociation.

L'Union européenne est persuadée que la négociation et la médiation ne sont pas limitées aux problèmes nationaux mais peuvent traverser les frontières et avoir une dimension internationale.

La dernière idée que je voudrais vous soumettre, et c'est aujourd'hui une bonne occasion de le faire, est que le conseil des ministres vient d'adopter un nouveau plan d'action pour une nouvelle ère, une période qui va d'aujourd'hui à dans cinq ans, en 2018. Il est notamment prévu que nous devons **créer un système pour trouver un médiateur** comme c'est le cas lorsque nous recherchons un avocat, un notaire, un officier judiciaire. Il faudrait ainsi créer une liste regroupant les médiateurs dans chaque pays pour en trouver un facilement.

Voilà les trois questions que j'aimerais dire à cette occasion, et j'aimerais d'ici, de Luxembourg, vous témoigner l'incroyable travail que vous, dans le cadre de Gemme, et que Béatrice Brenneur, vous avez réussi à réaliser pour le bien de la médiation en Europe et, pourquoi pas, dans le monde.

Merci beaucoup.

Le plus beau métier du monde

Par Béatrice Blohorn-Brenneur

Président de Chambre honoraire,
président de GEMME-France et de CIMJ
médiatrice du Conseil de l'Europe

Nous pensons souvent que notre métier de juge est le plus beau métier du monde. Appliquer la loi, trancher les litiges, sanctionner le coupable, protéger la victime, réparer son préjudice, quoi de plus louable ?

Et puis un jour, je suis tombée sur une phrase de Saint-Exupéry qui m'a plongée dans un abîme de perplexité : « Le plus beau métier du monde c'est d'unir les hommes ».

Or, la décision du juge, en faisant un gagnant et un perdant, en désignant la victime et le coupable, cristallise souvent le conflit. Elle ne contribue peut-être pas à unir les hommes, mais a, la plupart du temps, pour résultat de les séparer à tout jamais, et d'engendrer parfois des « brouilles familiales » qui se transmettent de génération en génération.

Mais alors, le métier du juge ne serait pas « le plus beau métier du monde » ?

Récemment, les instances européennes ont offert au juge un nouvel outil pour régler les conflits : la médiation. Les parties vont trouver elles-mêmes leur accord, après s'être écoutées dans le respect mutuel. Chacune va essayer de se mettre à la place de l'autre et de comprendre son point de vue. La médiation débouche sur des accords amiables. Ce processus est un chemin de paix vers la justice. Les adversaires d'autrefois redeviennent des partenaires et, après avoir renoué le dialogue, réfléchissent ensemble à la construction de leur nouvel avenir.

Les juges qui arrivent à concilier les parties disent que la joie qu'ils ressentent est d'une autre nature que la jubilation intellectuelle qu'ils ont lorsqu'ils rédigent une belle décision de justice. Elle est d'une autre essence.

Avec la médiation qui permet de mettre de l'amour là où il y a de la haine, de l'union, là où il y a de la désunion, je pense que le juge exerce le plus beau métier du monde.

QUESTIONS JURIDIQUES AUX ÉDITIONS L'HARMATTAN

Dernières parutions

DIVORCE (LE) DU CHEF D'ENTREPRISE

Artiste, libéral, artisan, commerçant, actionnaire – Se marier, payer, divorcer

Rond Patrice

Patrice Rond, expert financier auprès des tribunaux, donne dans cet ouvrage les clés incontournables qui permettent à un entrepreneur, quel qu'il soit, d'anticiper sur ses droits et ses risques en cas de divorce. Prendre les bonnes décisions de protection de son patrimoine en choisissant les bons contrats de mariage, savoir changer de régime matrimonial quand il s'avère inadapté est tout à fait possible et souhaitable.

(16,50 euros, 158 p.)

ISBN : 978-2-343-05282-3, ISBN EBOOK : 978-2-336-36540-4

L'EXPERTISE NON JUDICIAIRE À L'AUNE DES DROITS FONDAMENTAUX

Goujon-Bethan Thibault

L'expertise déjudiciarisée est en plein essor, d'une part parce que l'avis d'experts se révèle indispensable dans un nombre croissant de matières juridiques irriguées par la technique (construction, dommage corporel), et d'autre part, car la recherche d'une efficacité économique conduit à minimiser le recours au juge. Cet ouvrage est conçu comme un mode d'emploi pour aider à la décision.

(Coll. Droit privé et sciences criminelles, 21,00 euros, 196 p.)

ISBN : 978-2-343-05335-6, ISBN EBOOK : 978-2-336-36778-1

TRANSPARENCE (LA) FINANCIÈRE DES ÉLUS POLITIQUES FRANÇAIS

Les conséquences des mesures législatives de 2013

Cael Céline - Préface de Sébastien Jakubowski ; postface de Pierre-Yves Néron

Cet ouvrage veut étudier les apports des lois et dispositifs mis en œuvre pour lutter contre la corruption depuis l'affaire Cahuzac, avec notamment la mise en place d'une haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique, le durcissement des conditions d'éligibilité, l'encadrement du *lobbying*, la naissance d'un procureur financier,... L'auteur analyse les conséquences de ces mesures et rend compte à l'aide d'entretiens d'élus politiques, des résistances de ces derniers à une publicité financière envers les citoyens.

(Coll. Logiques sociales, 21,00 euros, 214 p.)

ISBN : 978-2-343-05013-3, ISBN EBOOK : 978-2-336-36817-7

QUI A PEUR DE LA NOUVELLE PEINE SANS PRISON ?

**Ajouter du «lien» et non du «rang» pour réussir la contrainte pénale
et en finir avec la récidive**

Delamotte Danielle

La contrainte pénale, nouvelle peine sans prison, fait peur. Car, ce qu'on retient d'elle, c'est qu'elle évite la prison. Le sujet est pourtant plus complexe et plus nuancé. Les psychologues et les criminologues s'accordent à dire que la délinquance est la maladie du lien. Pour soigner cette maladie, il faut s'intéresser à la personne et la placer au centre de la réflexion pour envisager la «contrainte pénale» sous un autre angle.

(11,50 euros, 86 p.)

ISBN : 978-2-343-04717-1, ISBN EBOOK : 978-2-336-36487-2

JUSTICE (LA) PÉNALE INTERNATIONALE EN AFRIQUE

Aspects juridiques, défis et perspectives

Diakité Kémoko - Préface du professeur Alioune Sall

Cet ouvrage met en exergue le contexte de création ainsi que les aspects juridiques et judiciaires des juridictions pénales internationales en Afrique, notamment le TPIR (Tribunal Pénal International pour le Rwanda), la CPI (Cour Pénale Internationale)... Il montre également les défis et les perspectives de la Justice pénale internationale en Afrique.

(23.00 euros, 234 p.)

ISBN : 978-2-343-05050-8, ISBN EBOOK : 978-2-336-36705-7

GOVERNANCE, ENJEUX ET MONDIALISATION

Recherche sur les politiques environnementales de zonage maritime

Le challenge maritime de la France de Méditerranée et d'Outre-mer

Sous la direction de François Féral et Bernard Salvat

Dans le Pacifique et l'Océan Indien, la France ne participe pas très activement au mouvement de création d'aires marines protégées géantes alors que les possibilités y sont grandes. En métropole et Outre-mer, la mise en place des parcs naturels marins apparaît laborieuse. Le programme Gouvernance des Grandes Aires Marines Protégées a donné l'occasion à deux équipes de se pencher sur ce phénomène institutionnel majeur dans la conduite globale des politiques de protection des mers et des océans.

(23.00 euros, 218 p.)

ISBN : 978-2-343-04160-5, ISBN EBOOK : 978-2-336-36489-6

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET ORGANISATIONS RÉGIONALES

De l'indifférence à l'interaction

Sous la direction de Danielle Perrot

Cet ouvrage traite des modes d'insertion des collectivités territoriales dans des organisations internationales conçues par leurs États de rattachement dans diverses régions du monde. Ces collectivités, ou «entités infra-étatiques» selon le droit international, sont souvent oubliées lors des débuts de ces constructions régionales. Elles tentent d'obtenir d'être représentées, et leur participation peut générer une interaction moins inégalitaire.

(Coll. Gralle, 47.00 euros, 488 p.)

ISBN : 978-2-343-05111-6, ISBN EBOOK : 978-2-336-36639-5

ÉTHIQUE (L') DE L'AVOCAT PÉNALISTE

Rude-Antoine Edwige - Préface de Jean Danet

L'avocat est représenté, dans la fiction, sous les traits d'un être ambigu, sans cesse sur le fil... ce livre tente d'en approcher la réalité, qui est tout autre. Quelles relations d'ordre éthique l'avocat entretient-il avec lui-même mais aussi avec l'autre : son client, qu'il soit prévenu ou accusé, les jurés, les magistrats ? Peut-on parler du rapport de l'avocat à la vérité ? Comment peut-il construire des lignes de défense tout en restant partenaire de justice ?

(Coll. Éthique en contextes, 21.00 euros, 208 p.)

ISBN : 978-2-343-05222-9, ISBN EBOOK : 978-2-336-36460-5

NAISSANCE DE L'OBSERVATOIRE DE LA RÉCIDIVE ET DE LA DÉSISTANCE

Un long processus inachevé

Tournier Pierre V.

L'analyse de la récidive aurait logiquement dû relever de la compétence de l'Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales placé sous l'autorité du Premier ministre. Mais sous l'impulsion de Christiane Taubira le choix s'est porté sur la création d'un observatoire *ad hoc* de plus, dépendant du ministère de la Justice : l'Observatoire de la récidive et de la désistance (août 2014). Ne s'est-on pas ainsi privé des outils d'une évaluation indépendante de la loi du 15 août 2014 sur la contrainte pénale et la libération sous contrainte ?

(Coll. Criminologie, 19.00 euros, 184 p.)

ISBN : 978-2-343-05118-5, ISBN EBOOK : 978-2-336-36387-5

ÉLÉMENTS DE PRÉVENTION DU CRIME

Lemaître André

Cet ouvrage montre la diversité des modèles de prévention de la délinquance, leur spécificité mais aussi leur nécessaire complémentarité. Il insiste également sur l'obligation de veiller aux aspects éthiques des politiques de prévention mises en place. En effet, l'utopie d'une société débarrassée de toute forme de criminalité contient la disparition de toute liberté.

(Coll. Sciences criminelles, série Controverses, 15,50 euros, 160 p.)

ISBN : 978-2-343-04666-2, ISBN EBOOK : 978-2-336-36324-0

SEXUALITÉ (LA) À L'ÉPREUVE DU COUPLE

Les révélations d'une avocate

Dalbin Agnès

Dans la majorité des divorces, les difficultés d'ordre sexuel sont souvent pointées du doigt comme une cause majeure de la rupture. S'appuyant sur les confidences recueillies lors de ses entretiens avec les couples qui divorcent, l'avocate Agnès Dalbin tente d'apporter son éclairage personnel sur cette problématique. Ce livre évolue comme une véritable histoire humaine, du mariage au divorce, en passant par la parentalité et l'après-divorce.

(Coll. La justice au quotidien, 13,50 euros, 118 p.)

ISBN : 978-2-343-04938-0, ISBN EBOOK : 978-2-336-36399-8

DROIT (LE) DU HANDICAP ET LA GESTION DU PATRIMOINE CULTUREL

Vers un modèle européen ?

B. Degros Eric

La rencontre entre le droit du handicap et le droit du patrimoine peut conduire à une confrontation d'intérêts contradictoires, nécessitant de trouver un équilibre entre le principe de l'accessibilité et le respect de l'authenticité, en faveur d'une conservation durable du patrimoine culturel. Il apparaît essentiel de trouver un équilibre entre «le droit des gens» et celui «des pierres».

(40.00 euros, 424 p.)

ISBN : 978-2-343-04418-7, ISBN EBOOK : 978-2-336-36269-4

DROIT BANCAIRE ISLAMIQUE

Notions, mécanismes et protections pénales

Jafari Amin

Conçu comme un manuel de droit, l'ouvrage étudie trois thèmes principaux : la notion de finance islamique et son fonctionnement, les instruments bancaires islamiques et enfin la protection du système bancaire dans l'ensemble de ses instruments et fonctionnements. La 3e partie propose un regard classique de droit pénal des affaires en matière de droit bancaire de finance islamique. Les branches chiite et sunnite de la finance islamique ont été distinguées dès le départ, permettant ainsi une comparaison tout au long du livre.

(Coll. Sciences criminelles, 33.00 euros, 326 p.)

ISBN : 978-2-343-04637-2, ISBN EBOOK : 978-2-336-36380-6

DROIT (LE) INTERNATIONAL. ASPECTS POLITIQUES (Volume 1)

Sous la direction de Jacques Bouineau – Textes réunis par Burt Kasparian

Ces contributions invitent à réfléchir sur la recomposition contemporaine de l'espace méditerranéen et sur le droit international qui s'y applique, à partir d'exemples tirés des plus grandes civilisations méditerranéennes aux époques antique et médiévale. Elles invitent le lecteur à s'interroger sur les piliers de la Méditerranée dans le jeu des relations entre les hommes et les institutions, et à découvrir l'essence des réponses juridiques et politiques.

(Coll. Méditerranées, 16,50 euros, 158 p.)

ISBN : 978-2-343-04661-7, ISBN EBOOK : 978-2-336-36366-0

DROIT (LE) INTERNATIONAL. ASPECTS POLITIQUES (Volume 2)

Sous la direction de Jacques Bouineau – Textes réunis par Burt Kasparian

Ce volume offre une réflexion sur la recomposition de l'espace méditerranéen contemporain à partir de l'histoire ou de l'actualité. L'histoire est traitée de la période qui s'étend de la Renaissance

à la fin du XIXe siècle. En ce qui concerne l'actualité, le jeu des emprunts et des modèles juridiques transparait aussi bien dans la fiscalité internationale actuelle que dans les transpositions constitutionnelles du droit français en Égypte ou dans l'observation du fonctionnement de l'Europe.

(Coll. Méditerranées, 19.00 euros, 184 p.)

ISBN : 978-2-336-30904-0, ISBN EBOOK : 978-2-336-36367-7

SECRETS (LES) DU DROIT

Secret, droit et cinéma

Sous la direction de Stéphane Boiron, Nathalie Goedert et Ninon Maillard

Notre société du visible, pour savoir, exige de tout voir et tout montrer, sans délai, au risque de confondre espaces privés et espaces publics. Parce qu'on l'accusait de dissimuler les abus, de servir l'arbitraire, de diviser les hommes entre initiés et profanes, le secret a été condamné comme contraire au pacte démocratique. Pourtant, c'est aussi au nom de la liberté que, face à une transparence érigée en dogme, certains osent faire l'éloge du secret. C'est pourquoi, il appartient au droit d'orchestrer l'équilibre et de distinguer le bon du mauvais secret.

(Coll. Presses Universitaires de Sceaux, 24.00 euros, 248 p.)

ISBN : 978-2-343-04670-9, ISBN EBOOK : 978-2-336-36326-4

TABLES (LES) DE LA LOI : DE L'ARGILE AU NUMÉRIQUE

La diffusion de la règle de droit à travers les âges

Evrard Sébastien

On parle aujourd'hui de «culture digitale» ou culture numérique et de diminution du papier. Est-ce un bien ou un mal ? Comment les textes, la jurisprudence et toutes les normes juridiques sont-ils diffusés aujourd'hui ? Enfin, quelles sont les spécificités de l'édition dite juridique par rapport à l'édition générale ? Répondre à ces questions nécessite d'envisager l'histoire de la connaissance puis de la diffusion de la règle de droit, ce qui fait l'objet de ce livre.

(Coll. Logiques Juridiques, 13.00 euros, 122 p.)

ISBN : 978-2-343-04478-1, ISBN EBOOK : 978-2-336-36201-4

ARTICULATION (L') DES VOIES DE DROIT DANS LE CONTENTIEUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE À L'INITIATIVE DES TIERS AU CONTRAT

Tallet-Preud'homme Laura - Préface de Paul Cassia

Parallèlement à la formation progressive d'un «droit de la commande publique», le contentieux à l'initiative des tiers au contrat a muté, à tel point que le changement de paradigme opéré tend à faire émerger un «contentieux de la commande publique». Diverses voies de droit ont été instituées, engendrant «l'embarras du choix» voire «l'embarras tout court» du tiers concurrent évincé. La complexité de ce contentieux est telle qu'il faut détruire pour reconstruire ce paysage contentieux.

(Coll. Logiques Juridiques, 49.50 euros, 536 p.)

ISBN : 978-2-343-04827-7, ISBN EBOOK : 978-2-336-36265-6

APPRÉHENSION (L') DES PRATIQUES RESTRICTIVES PAR LES AUTORITÉS FRANÇAISES ET EUROPÉENNES DE LA CONCURRENCE

Analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels

à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles

Mallen Guillaume - Préface de Linda Arcelin-Lécuyer

Définies au sens de l'étude comme des comportements contractuels unilatéraux et abusifs dans les rapports commerciaux entre professionnels, les « pratiques restrictives » peuvent être réprimées au titre du droit des pratiques anticoncurrentielles (abus de domination et entente). L'ouvrage permet d'exposer l'office des autorités de concurrence lorsqu'elles sont confrontées à ces pratiques contractuelles abusives et d'envisager des solutions concrètes en vue de perfectionner le droit positif actuel.

(Coll. Logiques Juridiques, 65.00 euros, 874 p.)

ISBN : 978-2-343-04739-3, ISBN EBOOK : 978-2-336-36189-5

L'HARMATTAN ITALIA

Via Degli Artisti 15; 10124 Torino

L'HARMATTAN HONGRIE

Könyvesbolt ; Kossuth L. u. 14-16
1053 Budapest

L'HARMATTAN KINSHASA

185, avenue Nyangwe
Commune de Lingwala
Kinshasa, R.D. Congo
(00243) 998697603 ou (00243) 999229662

L'HARMATTAN CONGO

67, av. E. P. Lumumba
Bât. – Congo Pharmacie (Bib. Nat.)
BP2874 Brazzaville
harmattan.congo@yahoo.fr

L'HARMATTAN GUINÉE

Almamy Rue KA 028, en face
du restaurant Le Cèdre
OKB agency BP 3470 Conakry
(00224) 657 20 85 08 / 664 28 91 96
harmattanguinee@yahoo.fr

L'HARMATTAN MALI

Rue 73, Porte 536, Niamakoro,
Cité Unicef, Bamako
Tél. 00 (223) 20205724 / +(223) 76378082
poudiougopaul@yahoo.fr
pp.harmattan@gmail.com

L'HARMATTAN CAMEROUN

BP 11486
Face à la SNI, immeuble Don Bosco
Yaoundé
(00237) 99 76 61 66
harmattancam@yahoo.fr

L'HARMATTAN CÔTE D'IVOIRE

Résidence Karl / cité des arts
Abidjan-Cocody 03 BP 1588 Abidjan 03
(00225) 05 77 87 31
etien_nda@yahoo.fr

L'HARMATTAN BURKINA

Penou Achille Some
Ouagadougou
(+226) 70 26 88 27

L'HARMATTAN SÉNÉGAL

10 VDN en face Mermoz, après le pont de Fann
BP 45034 Dakar Fann
33 825 98 58 / 33 860 9858
senharmattan@gmail.com / senlibraire@gmail.com
www.harmattansenegal.com

L'HARMATTAN BÉNIN

ISOR-BENIN
01 BP 359 COTONOU-RP
Quartier Gbèdjomédé,
Rue Agbélenco, Lot 1247 I
Tél : 00 229 21 32 53 79
christian_dablaka123@yahoo.fr